UNIVERSITÉ DE POITIERS
FACULTÉ DE DROIT

DES RÉFÉRÉS

PRINCIPES DE COMPÉTENCE ET DE PROCÉDURE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi, 12 Juillet 1900, à 3 heures, dans la salle des Actes publics de la Faculté

PAR

FERNAND COURIVAUD

Avoué près le Tribunal Civil de Loudun
Lauréat de la Faculté.

POITIERS
IMPRIMERIE BLAIS ET ROY
7, RUE VICTOR-HUGO, 7

1900

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547325_0043

DES RÉFÉRÉS

PRINCIPES DE COMPÉTENCE ET DE PROCÉDURE

UNIVERSITÉ DE POITIERS

FACULTÉ DE DROIT

MM. Le Courtois (✻, I ✿), Doyen, Professeur de Droit civil.

Ducrocq (O ✻, I ✿), Doyen honoraire, Professeur honoraire, Professeur honoraire à la Faculté de Droit de Paris, Correspondant de l'Institut.

Thézard (I ✿), Doyen honoraire, Professeur de Droit civil, Sénateur.

Arnault de la Ménardière (I ✿), Professeur de Droit civil.

Normand (I ✿), Professeur de Droit criminel, assesseur du Doyen.

Parenteau-Dubeugnon (I ✿), Professeur de Procédure civile et Voies d'exécution.

Arthuys (I ✿), Professeur de Droit commercial et chargé du Cours de Droit maritime.

Bonnet (I ✿), Professeur de Droit romain et chargé du Cours de Pandectes.

Petit (I ✿), Professeur de Droit romain et chargé du Cours de Science et Législation financières.

Barrilleau (I ✿), Professeur de Droit administratif et chargé d'un Cours de Droit administratif pour le Doctorat.

Surville (I ✿), Professeur de Droit international public et privé, et chargé d'un Cours de Droit civil.

Prévot-Leygonie (A ✿), Professeur d'Histoire du Droit public (Doctorat), de Droit constitutionnel comparé (Doctorat), et chargé d'un Cours de Principes du Droit public.

Michon (A ✿), Professeur adjoint, chargé des Cours d'Histoire générale du Droit français et d'Eléments du Droit constitutionnel (1re année), et du Cours d'Histoire du Droit (Doctorat).

Girault (A ✿), Professeur d'Economie politique et chargé du Cours de Législation et Economie coloniales.

Audinet (A ✿), Professeur adjoint, chargé du Cours de Droit civil comparé (Doctorat), et des Cours de Droit international public (Licence et Doctorat).

Dubois, chargé des Cours d'Economie politique (Doctorat), d'Histoire des Doctrines économiques et de Législation et Economie rurales.

Isambert, chargé de conférences.

Roche (I ✿), Secrétaire.

Coulon (I ✿), Secrétaire honoraire.

COMMISSION

Président : M. PARENTEAU-DUBEUGNON, professeur.

Suffragants : MM. PRÉVOT-LEYGONIE, professeur.
DUBOIS, chargé de cours.

UNIVERSITÉ DE POITIERS

FACULTÉ DE DROIT

DES RÉFÉRÉS

PRINCIPES DE COMPÉTENCE ET DE PROCÉDURE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi, 12 Juillet 1900, à 3 heures, dans la salle des Actes publics de la Faculté

PAR

FERNAND COURIVAUD

Avoué près le Tribunal Civil de Loudun

Lauréat de la Faculté.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

POITIERS

IMPRIMERIE BLAIS ET ROY

7, RUE VICTOR-HUGO, 7

1900

BIBLIOGRAPHIE

Aubry et Rau. — *Cours de Code civil*, 4e édition.
Aucoc. — *Droit administratif.*
Arthus. — *De la juridiction des référés.* Thèse, 1893.
Baudry-Lacantinerie. — *Précis de droit civil*, 4e édit.
Bazot. — *Des ordonnances de référé*, 1876.
Beaumanoir. — *Sur la coutume de Beauvoisis.* Édit. Beugnot.
De Belleyme. — *Ordonnances sur requêtes et sur référés*, 1855.
Bertin. — *Ordonnances sur référé*, 2e édition.
Bilhard. — *Des référés.*
Bioche. — *Dictionnaire de procédure.*
Boitard, Colmet d'Aage et Glasson. — *Leçons de procédure civile*, 15e édition.
Bonjean. — *Traité des ordonnances sur requête et sur référé*, 1er volume, 1899.
Carré et Chauveau. — *Lois de la procédure civile et commerciale.*
Cazalens. — *Notes sous divers arrêts.*
Colmet de Santerre. — *Cours de Code civil.*
Dalloz. — *Répertoire de jurisprudence et supplément.*
Darnaud. — *De la juridiction des référés.*
Deblock. — *De la juridiction des référés.* Thèse, 1897.
Demiau-Crouzilhac. — *Éléments du droit et de la pratique.*
Dufour. — *Droit administratif.*
Dutruc. — *Formulaire des huissiers.*
Dutruc. — *Supplément aux lois de la procédure de Chauveau.*
Garsonnet. — *Traité théorique et pratique de procédure.* 1re édit. 1897.
Gérard. — *Des référés sur placet.* Thèse, 1886.
Glasson. — *Notes sous divers arrêts.* — *Etude sur la clameur de haro.*
Guermeur. — *De la procédure devant les conseils de préfecture.*
Guyot. — *Répertoire universel de jurisprudence*, 1782 et 1785.
Jhering. — *L'esprit du droit romain.*
Labbé. — *Notes sous divers arrêts.*
Larombière. — *Traité théorique et pratique des obligations*, 2e édition.
Lyon-Caen et Renault. — *Droit commercial.*

Montesquieu. — *Lettres persanes.*
Moreau. — *De la juridiction des référés.*
De Paepe. — *Étude sur la compétence civile.*
Pigeau. — *Procédure civile.*
Rodière. — *Compétence et procédure.*
Rousseau et Laisney. — *Dictionnaire de procédure.*
Thiercelin. — Articles dans la *Revue pratique.*
Thomine-Desmazures. — *Commentaire sur le Code de procédure civile.*

RECUEILS DE JURISPRUDENCE ET JOURNAUX DE DROIT

Dalloz.
Gazette du Palais.
Journal du Palais.
Pandectes françaises.
Pasicrisie.
Sirey.
Bulletin des tribunaux.
Le Droit.
Gazette des tribunaux.
La Loi.

DES RÉFÉRÉS

PRINCIPES DE COMPÉTENCE ET DE PROCÉDURE

INTRODUCTION

Montesquieu a écrit quelque part que les lois romaines « ont introduit des formalités dont l'excès est la honte de la raison humaine, et qu'il serait assez difficile de décider si la forme s'est rendue plus pernicieuse lorsqu'elle est entrée dans la jurisprudence que lorsqu'elle s'est logée dans la médecine, si elle a fait plus de ravage sous la robe d'un jurisconsulte que sous le large chapeau d'un médecin, et si, dans l'une, elle a ruiné plus de gens qu'elle n'en a tué dans l'autre (1) ».

L'excessive complication de l'ancienne procédure avait pu inspirer cette boutade à l'illustre écrivain ; mais on n'en saurait conclure que la suppression des formes judiciaires serait une sauvegarde des intérêts individuels. Les plus savants jurisconsultes ont proclamé le contraire. Loisel a dit avec raison que les formes sont « comme les cerceaux

(1) Montesquieu, *Lettres persanes*, lett. C.

du muid ou comme le ciment qui colle et retient les pièces de l'édifice » ; et Jhering a heureusement exprimé cette idée en disant : « Qu'ennemie jurée de l'arbitraire la forme est la sœur jumelle de la liberté (1). »

Les rédacteurs du Code de procédure civile, hostiles d'une part aux formes ruineuses parce que trop compliquées, soucieux d'autre part d'une réglementation qui bannît l'arbitraire de la justice, ont imaginé de diviser les litiges en deux grandes classes : 1° les affaires très simples, d'un intérêt peu élevé, qui requièrent célérité et auxquelles est affectée *la procédure sommaire;* 2° les affaires d'un intérêt généralement plus élevé, d'une difficulté plus considérable, qui n'exigent pas absolument un prompt jugement, et qui sont l'objet de la *procédure ordinaire.*

Chacune de ces procédures, même réduite à sa plus simple expression, comporte des délais. Or, il se présente chaque jour des difficultés dont la solution ne souffre aucun retard et qui, sous peine de faire perdre le droit des justiciables, doivent être réglées sans délai.

Le législateur a pourvu à ces situations urgentes : il a investi un magistrat unique du soin de les juger ; mais, pour rester logique avec lui-même, il n'a permis à ce magistrat que de rendre des décisions provisoires dont l'autorité ne s'imposera jamais aux juges appelés à statuer sur le fond du débat.

Cette procédure simple, rapide, peu coûteuse, porte le nom de *référé*, parce que, dit M. Garsonnet, « le demandeur vient faire au président le rapport ou exposé de la difficulté qui se présente et de la décision qu'il sollicite (2) ».

(1) Jhering, *L'esprit du Droit romain.* Traduct. Mulenaere, t. III, p. 158.
(2) Garsonnet, *Traité de procédure,* 1re édit., t. VII, p. 259.

Cette procédure paraît répondre à une idée générale et à des besoins de tous les temps.

Néanmoins, le droit romain semble ne présenter aucune institution analogue.

Pigeau, dans son *Traité de la procédure civile au Châtelet*, a écrit qu'à Rome il fut un temps où celui qui voulait réclamer secours de la justice menait la partie devant le juge en le saisissant *torto collo*, et il déduit de ce mode de procéder l'origine du référé. Cette opinion nous semble erronée : la pratique indiquée par Pigeau n'a trait en effet qu'au mode de saisir le juge, c'est-à-dire à l'assignation, mais non au mode de juger, à la procédure, qui suivait sa marche compliquée et ne présentait aucun des caractères de la procédure du référé.

Faut-il, comme d'autres l'ont indiqué (1), chercher une analogie entre les référés et les interdits du droit romain? Nous ne le pensons pas. La procédure des interdits n'était pas nécessairement plus rapide que celle des actions, car si le défendeur ne s'exécutait pas en obéissant à l'interdit, il fallait revenir devant le préteur pour obtenir la formule, et suivre, comme pour les actions, la procédure devant le juge ou les récupérateurs. Les interdits étaient, à Rome, comme le complément de la procédure des actions, tandis que le référé, dans notre droit, est un système de procédure spécial, qui se suffit à lui-même dans des cas déterminés.

L'origine des référés apparaît dans le droit coutumier français.

La coutume de Beauvoisis contenait en germe le principe de cette institution.

Nous n'en voulons pour preuve que le passage suivant de Beaumanoir qui, dans le chapitre « *des prises et déffen-*

(1) Deblock, *De la juridiction des Référés*, p. 8.

ses (1), » s'exprime en ces termes... « Et aussi de toutes les cozes qui poent périr par attente pour le plet, li sires les doit penre en sa main, se cil qu'il treuve saisi ne baille bone seurté de rendre le valeur de la coze, s'il la perd bon droit et par jugement; se comme se Jehans a la saisine de dix tonneaux de vins et Pierre les demande et dit qu'ils doivent estre siens, et le plet pendant, le vin sont en péril d'empirer ou de passer bone vente. Jehans doit baillier seurté de la valor de dix tonneaux de vin, et puis le pot boire ou vendre. Et s'il n'en veut baillier seurté, li sires les doit penre ou vendre en ses mains, et après rendre à qui drois le donnera. Et autel comme nous avons dit des vins, pot-on entendre les cozes qui poent périr ou empirer par attente... »

Sans doute ce n'était pas là le référé actuel avec tous ses caractères; mais c'était un principe d'ordre général qui tendait à assurer provisoirement la conservation des droits de chaque partie pendant la durée d'un procès.

La coutume de Normandie comportait une institution connue sous le nom de *Clameur de Haro*, qui existe encore aujourd'hui dans les îles Anglo-Normandes, et qui présentait avec le référé une analogie plus grande encore.

L'article 54 de cette coutume s'exprime en ces termes : « Le haro peut être interjeté non seulement pour les maléfices du corps et pour toutes choses où il y aurait éminent péril, mais pour toutes introductions de procès possessoires, encore que ce soit la matière bénéficiale ou concernant le fait de l'église; » et l'article 57 ajoute : « après la caution baillée la chose contentieuse est séquestrée par la nature du haro, jusqu'à ce que par justice ait été ordonné sur la provision. »

(1) Beaumanoir, *Sur la coutume de Beauvoisis*, édition Beugnot, chap. XI, t. II, p. 287.

Cette action de haro présentait au moins trois des caractères du référé actuel :

1° Elle était d'une application générale ;

2° Elle s'exerçait en cas de *péril éminent ;*

3° Elle avait pour conséquence le séquestre provisoire de l'objet litigieux, jusqu'à ce qu'il fût intervenu une décision définitive.

Il faut aller jusqu'à l'Edit de 1685 pour trouver la consécration législative du référé.

Les articles 6 et 9 de cet édit donnent en effet au lieutenant civil, premier magistrat du Châtelet de Paris, compétence pour statuer en son hôtel sur des difficultés urgentes limitativement déterminées par ces textes.

Les cas urgents que l'édit mentionne sont les demandes de mise en liberté de personnes qualifiées ou constituées en charge, ou de marchands emprisonnés la veille de plusieurs fêtes ; les demandes de mainlevées de marchandises prêtes à être envoyées et dont les voituriers sont chargés et qui peuvent dépérir; les demandes en paiement faites par les hôteliers aux étrangers; les réclamations de dépôts, gages, papiers ou autres effets divertis : et enfin les contestations relatives aux appositions ou levées de scellés et confections d'inventaires.

En dehors de ces hypothèses, le lieutenant civil, en vertu d'une pratique antérieure à l'édit de 1685, statuait sur les difficultés relatives aux saisies et à l'exécution des jugements (1).

Tels étaient les seuls cas où pouvait s'appliquer la procédure rapide du référé ; mais il n'est pas douteux que la pratique n'eût déjà révélé nombre d'hypothèses aussi favo-

(1) Guyot, *Répertoire universel de jurisprudence,* v° *Référé.* Paris, 1782 et 1785.

rables et où l'urgence se faisait aussi vivement sentir; et c'est pour combler cette lacune que nous verrons le Code de procédure civile de 1807 élargir singulièrement le champ d'application du référé en étendant son usage à « tous les cas d'urgence ».

Le droit intermédiaire n'apporta aucune modification à la juridiction des référés.

L'article 11 de la loi du 11 février 1791 donna compétence aux juges de paix relativement aux appositions et levées de scellés ; mais, dans son article 2, elle réserva formellement aux juges des tribunaux le droit de connaître comme juges de référés des difficultés qui naîtraient à l'occasion des appositions de scellés et de l'exécution des jugements.

C'est le seul document législatif de cette période intéressant les référés.

Le Code de procédure civile ne devait pas manquer de consacrer, en l'élargissant, cette institution dont la pratique avait fait sentir toute l'utilité et que les besoins nouveaux rendaient indispensables..... « Il n'est pas un homme ayant l'expérience des affaires, dit Réal (1), qui n'ait eu l'occasion de reconnaître très souvent qu'il est des circonstances dans lesquelles le délai d'un seul jour et même le délai de quelques heures peuvent être la source des plus grandes injustices et causer des pertes irréparables. »

L'orateur du Gouvernement, on le voit, était pénétré de cette vérité qu'il est des circonstances multiples où il faut une solution immédiate, et l'article 806 va refléter d'une façon large cette idée générale en donnant compétence au

(1) Extrait de l'Exposé des motifs du livre V de la première partie du projet du Code de procédure civile présenté au Corps législatif par Réal, orateur du Gouvernement (séance du 11 avril 1806).

juge des référés « dans tous les cas d'urgence ou lorsqu'il s'agira de statuer sur les difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire ou d'un jugement ».

Mais le législateur ne donnait pas sans une certaine appréhension ce pouvoir de juger à un magistrat unique, et c'est pour parer aux inconvénients pouvant résulter de l'erreur ou de l'arbitraire de ce magistrat, qu'il a posé dans l'article 809 du Code de procédure cette sage limitation : « Les ordonnances sur référé ne feront aucun préjudice au principal. »

Cette pensée est nettement exprimée par le tribun Réal dans la phrase suivante : « L'article 809, qui ordonne l'exécution provisoire de ces ordonnances et qui les soustrait à l'opposition, empêche en même temps les abus qui pourraient en résulter en prononçant que ces ordonnances ne feront aucun préjudice au principal; que par conséquent elles sont essentiellement provisoires et qu'elles ne pourront être définitives que par un jugement d'audience (1). »

Malgré ce tempérament apporté aux pouvoirs du juge des référés, les attributions de ce magistrat sont des plus considérables.

Les premiers commentateurs du Code de procédure n'ont pas semblé comprendre l'extension que comportaient les textes de la législation nouvelle du référé.

Carré n'admet la compétence du juge des référés que dans les cas spécialement déterminés par quelques articles épars du Code de procédure; Demiau-Crouzilhac (2) considère comme *hypothétiques* les matières sur lesquelles doit s'exercer le pouvoir de ce magistrat; enfin, les arrêtistes du journal de Bruxelles, sous un arrêt de Rome du 6 juillet

(1) Extrait de l'exposé des motifs, *ut supra*.
(2) *Eléments du droit et de la pratique*, pp. 486 et suiv.

1811 (1), résument ainsi leur théorie : « dans tous les autres cas que ceux qui sont déterminés par la loi et où il s'agit de l'exercice d'un droit litigieux fondé sur des faits permanents, quelque célérité qu'exige la décision, c'est au tribunal à statuer sur assignation à bref délai. »

Il faut reconnaître qu'une semblable théorie méconnaissait entièrement le texte et sans doute aussi l'esprit de la loi, et réduisait à néant la portée du titre des référés.

Un magistrat de haute valeur, de Belleyme, président du tribunal civil de la Seine, confiant dans ses lumières, pénétré de la grandeur de ses fonctions, s'appliqua, comme juge des référés, à donner aux articles 806 et suivants toute l'extension qu'ils comportaient ; et s'il dépassa quelquefois comme juge la portée de ces textes, il faut reconnaître que, comme jurisconsulte, il en fut toujours le fidèle interprète.

L'impulsion qu'il avait donnée à cette procédure devait porter ses fruits : malgré la résistance de quelques cours d'appel, les référés ont pris une extension chaque jour grandissante puisqu'à Paris, notamment, le président du tribunal de la Seine, qui rendait, en 1872, 20.000 ordonnances tant sur référé que sur requête, a vu leur nombre s'élever, en 1893, à 32.842 (2).

Cet accroissement répond sans aucun doute à un besoin, car on ne saisit pas le juge des référés pour le plaisir de faire un procès : la multiplicité des transactions, les conditions nouvelles de l'existence des individus, dues à l'accroissement de la fortune mobilière et à la facilité croissante des moyens de transports rapides nécessitaient, dans des cas nombreux, l'intervention d'une justice immédiate.

(1) Sirey, 1809 à 1811. 2, p. 517.
(2) *Journal officiel* du 15 juillet 1896, pp. 10014 et suiv.

Le référé est donc une institution nécessaire. Est-ce à dire que ce soit une institution parfaite ?

S'il offre l'avantage de l'économie de temps, de l'économie d'argent, de la possibilité de transactions souvent plus avantageuses que des procès, il ne faut pas oublier que, par sa rapidité et sa simplicité mêmes, il est un danger : le défaut des garanties de l'audience, la possibilité pour les parties de comparaître seules sans leur conseil ordinaire, la suppression de la voie de l'opposition malgré le bref délai de l'ajournement, l'exécution provisoire dans tous les cas, même sur minute ; l'erreur possible d'un seul juge statuant sans délai, le caractère provisoire de l'ordonnance nécessitant au plaideur de recourir au tribunal pour obtenir une décision définitive, font du référé une procédure qui ménage souvent des surprises aux justiciables et qui dans bien des cas complique inutilement les procès. Néanmoins la procédure des référés, à raison même des qualités de simplicité, de rapidité et d'économie qu'on ne saurait lui méconnaître, échappe aux reproches trop justifiés qu'on adresse chaque jour aux formes compliquées et coûteuses de notre procédure civile.

Le titre des référés n'a pas vieilli ; mais la pratique a démontré qu'il avait besoin d'être complété ; nulle matière ne présente peut-être, en effet, tant de décisions de jurisprudence contradictoires ; or il est de l'intérêt des justiciables de faire cesser au plus vite un tel état de choses.

Un projet de loi présenté, en 1892, par M. Antonin Dubost (1) tendait précisément à mettre fin à deux graves controverses en permettant au juge des référés de connaître des matières commerciales et de statuer, suivant les cas, sur les dépens.

(1) *Journal officiel* du 9 mai 1892.

Mais ce projet est absolument incomplet.

Nous allons voir, en effet, par l'étude de cette difficile matière, aux applications infinies, qu'elle est insuffisamment règlementée et qu'il est nécessaire, sur différents points, de l'harmoniser soit avec les principes du droit civil, soit avec ceux de la procédure.

PREMIÈRE PARTIE

COMPÉTENCE

CHAPITRE PREMIER

Du juge des Référés

La détermination du juge des référés a été faite par la loi d'une manière précise ; l'article 807 du Code de procédure civile dit en effet que « la demande sera portée à une audience tenue à cet effet par le Président du tribunal de première instance ou par le juge qui le remplace ». Il semblerait qu'en présence d'un texte aussi formel le doute ne soit pas possible ; la difficulté ne se pose pas, du reste, pour ceux qui n'admettent la compétence du juge des référés que pour les affaires civiles ; mais elle naît au contraire pour ceux qui soutiennent que le juge des référés est également compétent pour connaître des affaires commerciales.

Un savant auteur, M. Bertin, partisan convaincu de l'application des référés en matière de commerce, s'exprime en ces termes : « ainsi que nous l'avons dit, la juridiction des référés est spéciale et exceptionnelle ; elle ne saurait, dès lors, être exercée que par ceux auxquels le législateur a conféré l'exercice de ce droit. Il nous paraît facile de démontrer que ces pouvoirs ont été donnés au président du tribunal de commerce par l'article 807 du Code de procédure

civile. Cet article dispose que la demande de référé sera portée à une audience tenue à cet effet par le *président du tribunal de première instance.* Le président du tribunal de commerce se trouve-t-il dans la situation exigée par la loi pour être juge des référés? Oui, puisqu'il est *président d'un tribunal de première instance* (1). »

Ce système ingénieux n'a pas convaincu les auteurs qui ont écrit après M. Bertin (2).

Il est constant que ce jurisconsulte n'a eu recours à cette argumentation que pour démontrer que le référé commercial avait une base dans la loi; mais il faut bien avouer que l'interprétation donnée par M. Bertin de l'article 807 du Code de procédure civile en force singulièrement les termes; que, dans le langage usuel, qui a dû être celui du législateur, l'expression *président du tribunal de première instance* vise toujours le président du tribunal civil. Rien dans l'exposé des motifs n'indique que le législateur ait entendu innover sur ce point; et enfin, l'exercice de la juridiction des référés présente des difficultés telles qu'il eût peut-être été téméraire d'en attribuer l'exercice à un magistrat consulaire dont les connaissances juridiques sont le plus souvent rudimentaires.

Il paraît donc plus sage de s'en tenir à l'interprétation rationnelle de l'article 807 du Code de procédure et de décider que le président du tribunal civil est le seul juge des référés (3).

Cependant une exception a été apportée à cette règle dans un cas spécial. La loi du 18 juillet 1898, *sur les warrants agricoles*, contient en effet un article 14 aux termes duquel il est dit que « lorsque, pour l'exécution de la présente loi,

(1) Bertin, *Ordonnances sur référé*, n° 218.
(2) Gérard, *Des référés sur placet*, p. 160 ; — Arthus, *De la juridiction des référés*, p. 225.
(3) Garsonnet, *Traité de procédure*, t. VII, § 1466.

il y aura lieu à référé, ce référé sera porté devant le juge de paix ».

Cette innovation législative se rattache sans doute au principe de l'extension de la compétence des juges de paix, si fort en honneur aujourd'hui.

Nous ne saurions cependant l'approuver, car d'une part nous estimons qu'avant d'étendre la compétence de ces magistrats il y aurait lieu d'exiger de leur part des capacités juridiques qui leur font souvent défaut dans les matières les plus élémentaires ; d'autre part, la mission du juge des référés est une des plus difficiles que puisse remplir un magistrat et qui ne saurait, quoi qu'il arrive, être utilement confiée aux juges de paix.

Il est vrai que le principe de droit nouveau consacré par le législateur de 1898 est sans portée pratique; mais, théoriquement, il contient une atteinte injustifiée à l'unité de juridiction que le législateur du Code de procédure avait judicieusement établie en cette matière.

CHAPITRE II

Compétence *ratione materiæ* du juge des référés

Si l'on ne consultait que le texte de l'article 806 du Code de procédure civile qui donne compétence au juge des référés pour statuer dans tous les cas d'urgence, on serait porté à décider qu'il est appelé à exercer sa juridiction en toutes matières : civiles, commerciales ou de justice de paix

Cependant une jurisprudence, à peu près constante aujourd'hui, et un grand nombre d'auteurs formulent cette règle restrictive que le juge du principal est seul juge du provisoire, ce qui revient à dire que le juge des référés ne peut connaître que des affaires qui, au principal, sont de la compétence du tribunal civil.

Nous allons examiner cette question en traitant successivement :

1° Des affaires de justice de paix ;

2° Des affaires commerciales ;

3° Des affaires administratives.

SECTION PREMIÈRE

Affaires de Justice de Paix.

Les partisans de la théorie qui enlève au juge des référés la connaissance des litiges ressortissant aux juges de paix s'appuient sur deux motifs :

1° Le juge de l'action principale est seul compétent pour connaître des mesures provisoires qui s'y ratttachent;

2° La loi a pourvu par une disposition spéciale aux nécessités urgentes que peuvent comporter les affaires de justice de paix (1).

Nous allons examiner brièvemént la valeur de ces deux motifs.

A. — Le premier principe posé par la jurisprudence et les auteurs est d'ordre général, et se présentera avec la même force lorsque nous traiterons la question de savoir si les matières commerciales peuvent être l'objet d'un référé.

Ce prétendu principe, qui n'est écrit nulle part, doit, dans la pensée de ceux qui l'énoncent, s'induire d'un principe certain, celui-là, à savoir : que nos lois d'organisation judiciaire, après avoir divisé les litiges d'après des caractères propres, ont attribué la connaissance de ces groupes de litiges à des tribunaux d'ordres différents; et lorsqu'un tribunal connaît d'un litige dévolu d'après la loi à un tribunal d'un autre ordre, il statue en dehors des limites de sa compétence. Or, dit-on, le juge des référés est soumis à cette règle fondamentale, et il ne peut pas plus connaître des affaires de justice de paix que le tribunal civil ne le pourrait lui-même.

Cette théorie ne serait exacte qu'à la condition qu'il fût vrai que le juge des référés n'agisse que par délégation de son tribunal lui-même, mais aucun des auteurs dont nous combattons la doctrine ne s'est livré à cette démonstration.

C'est qu'en effet il est inexact de dire que les attributions du juge des référés procèdent d'un démembrement des pouvoirs de son tribunal; il a à certains points de vue des pou-

(1) Cass., 31 juillet 1889. D. P. 91. 1. 323; — Chauveau sur Carré, *Lois de la procédure*, quest. 2763 *quater*; — De Belleyme, *op cit.*, t. I, p. 397; — Rodière, *Compétence et procédure*, t. II, p. 387; — Bertin, *op. cit.*, nos 224 et suiv.; — Gérard, *op. cit.*, pp. 143 et suiv.; — Deblock, *op. cit.*, pp. 108 et suiv.

voirs plus étendus. Ainsi pour n'en citer qu'un exemple, il n'est pas douteux qu'un tribunal civil soit incompétent pour statuer sur les difficultées relatives à l'exécution des arrêts de cour d'appel, tandis qu'on admet que le juge des référés est compétent dans le même cas (1).

D'autre part, si l'on admet, avec la Cour suprême (2), que le juge compétent pour statuer en référé dans certains cas est non celui devant le tribunal duquel sera portée l'instance au principal, mais bien celui du lieu où doivent être faites des constatations au provisoire, on sera encore forcé de dire que le juge des référés a des pouvoirs propres puisque ce n'est pas comme membre de son tribunal qu'il est appelé à juger en référé.

Enfin, les précédents historiques, auxquels on est d'accord pour dire que le législateur, par son laconisme même, à entendu se référer, sont en faveur de la théorie que nous soutenons. Nous avons vu, en effet, qu'en vertu de l'Edit de 1685 le lieutenant civil avait compétence, comme juge des référés, pour statuer « sur les demandes de mainlevées de marchandises prêtes à être envoyées et dont les voituriers sont chargés et qui peuvent dépérir » ; or, ces demandes étaient au principal de la compétence des juges consulaires ; ce qui démontre que la règle que le juge du principal est seul juge du provisoire n'existait pas alors.

Concluons donc que les règles d'organisation judiciaire ne sont pas un obstacle à ce que le juge des référés puisse connaître des litiges qui ne doivent pas, au principal, être jugés par le tribunal dont il dépend.

B. — Pour consacrer la doctrine que nous combattons, la Cour suprême (3) s'est placée sur le terrain des textes.

Elle invoque l'article 6 du Code de précédure civile, aux termes duquel, « dans les cas urgents, le juge (de paix)

(1) Cass., 3 juillet 1889. D., P., 90. 1. 229.
(2) Cass., 12 février 1889. D. P. 92. 1.382.
(3) Cass., 18 déc. 1872, D. P., 73.1. 129; S. 72. 1. 153.

donnera une cédule pour abréger les délais et pourra permettre de citer même dans le jour et à l'heure indiqués, » d'où la Cour conclut que le législateur a proscrit la voie du référé puisqu'il a donné au juge de paix le moyen de vider immédiatement, et presque sans frais, les contestations urgentes.

Il est certain qu'il y a une grande analogie entre la juridiction des référés et celle des juges de paix jugeant en cas d'urgence.

On fait même remarquer en faveur de cette théorie que les juges de paix jugeant dans les cas urgents ont sur la juridiction des référés cet avantage de pouvoir, en statuant sans retard, juger au fond, ce qui est pour le plaideur un avantage évident.

On ajoute qu'il eût été dangereux d'instituer le juge des référés juge du provisoire dans une contestation où le juge de paix doit statuer au principal : il y aurait eu à craindre, pour le juge inférieur, un trouble et une entrave à la parfaite appréciation de la vérité.

Enfin, disent les partisans de ce système, le juridiction des juges de paix est moins onéreuse que celle du juge des référés.

On ne saurait évidemment se dissimuler la valeur de ces arguments.

Néanmoins, il y a lieu de rechercher s'ils ne sont pas mis en échec par des avantages d'ordre différent que présente la juridiction des référés.

Les partisans de la compétence du juge des référés relativement aux affaires de justice de paix font remarquer :

1° Que les jugements rendus par les juges de paix sont susceptibles d'opposition, tandis que les ordonnances de référé ne le sont pas ;

2° Que les décisions des juges de paix ne peuvent être frappées d'appel que trois jours après leur prononciation ; alors que l'appel des ordonnances de référé peut être interjeté immédiatement ;

3° Que le délai d'appel des ordonnances de référé étant de quinze jours, et celui des décisions des juges de paix de trente jours, les premières deviennent définitives avant les secondes ;

4° Que les ordonnances de référé sont de plein droit exécutoires par provision ; tandis que les jugements des juges de paix ne le sont pas ;

5° Que l'exécution provisoire des ordonnances de référé peut être ordonnée dans tous les cas ; tandis qu'elle ne peut l'être relativement aux décisions des juges de paix que lorsque la somme objet du litige n'excède pas 300 francs ; et qu'au-dessus de cette somme elle ne peut l'être qu'avec caution.

Ces raisons démontrent que le législateur a donné au juge des référés des moyens de statuer au provisoire avec plus de rapidité que ne peut le faire le juge de paix et c'est pourquoi nombre d'auteurs (1) repoussent la solution consacrée par la Cour de cassation, dont l'arrêt du 18 décembre 1872 paraît avoir fixé la jurisprudence.

Un motif nouveau et d'ordre tout différent vient confirmer la théorie que nous soutenons : il est basé sur une interprétation récente donnée par le législateur lui-même. En effet, nous avons cité plus haut l'article 14 de la loi du 18 juillet 1898, sur les warrants agricoles qui est ainsi conçu : « lorsque, pour l'exécution de la présente loi, il y aura lieu à référé, ce référé sera porté devant le juge de paix. »

Si le législateur avait considéré que le juge de paix pût statuer dans les cas d'urgence avec autant de rapidité que le juge des référés, il aurait gardé le silence et eût laissé les difficultés qui pouvaient naître de l'exécution de la loi nouvelle sous l'empire de l'article 6 du Code de procédure.

De cette façon, il eût été en parfaite communauté d'idées

(1) Bazot, *op. cit.*, pp. 187 et suiv. ; — Arthus, *op. cit.*, pp. 190 et suiv. ; — Glasson. Note D. P. 83. 2, 141 ; — Garsonnet, *op. cit.*, § 1461. En ce sens : Amiens, 22 décembre 1869. D. P. 1873, 1. 130.

avec la Cour suprême ; mais il a si bien pensé, — ce qui est également notre avis, — que le référé présentait un avantage sur la juridiction qu'exerce le juge de paix dans les cas urgents qu'il a cru devoir, pour parer à cet inconvénient, confier au juge de paix lui-même la mission de statuer comme juge des référés. Nous avons critiqué cette dernière innovation, mais nous ne pouvons qu'approuver le principe reconnu implicitement par le législateur, savoir : que, dans les cas urgents, le référé présente des garanties de rapidité que n'offre aucune juridiction.

SECTION II

Affaires commerciales.

Comme dans la section précédente, nous trouvons ici deux systèmes en présence, l'un admettant la compétence du juge des référés pour connaître des affaires commerciales et l'autre soutenant énergiquement l'incompétence.

Ce dernier système a pour lui l'autorité d'auteurs considérables (1) et l'appui de la jurisprudence de la Cour de cassation et des Cours d'appel qui ne semblent même plus discuter la question (2).

Cette doctrine invoque deux arguments : en premier lieu, que le juge compétent pour statuer sur le fond est par là même seul compétent pour statuer sur le provisoire ; en second lieu que le législateur a pourvu aux cas d'urgence en matière commerciale, soit dans le Code de commerce, soit dans les articles du Code de procédure civile qui concernent la procédure commerciale.

(1) De Belleyme, t. I, p. 388; — Rodière, t. II, p. 387 ; — Bertin, t. II, nos 201 et suiv. ; — Lyon-Caen et Renault, t. I. nos 419 bis; — Gérard, *op. cit.* pp. 151 et suiv.

(2) Cass., 1er décembre 1880. D. P. 81. 1. 5; S. 81. 1. 147; — Paris, 13 novembre 1894. D.P. 95. 2. 512; — Bourges, 31 mai 1899. *La Loi*, 17 juin 1899.

Ce sont, on le voit, les motifs déjà invoqués pour soutenir l'incompétence du juge des référés dans les affaires ressortissant aux justices de paix.

Nous ne reviendrons pas sur la démonstration déjà faite assez longuement que nul principe d'organisation judiciaire ne s'oppose à ce que le juge des référés connaisse des litiges qui ne seront pas soumis au tribunal civil.

Reste donc à examiner le deuxième argument. Il repose sur l'article 417 du Code de procédure civile ainsi conçu: « Dans tous les cas qui requerront célérité, le président du tribunal pourra permettre d'assigner même de jour à jour et d'heure à heure, et de saisir les effets mobiliers; il pourra suivant l'exigence des cas, assujetir le demandeur à donner caution ou à justifier de solvabilité suffisante. Les ordonnances seront exécutoires nonobstant opposition ou appel. »

Ce texte consacre donc, en matière de commerce, deux principes; il permet:

1° D'abréger les délais de l'assignation (1),

2° De saisir les effets mobiliers.

Il y a lieu d'examiner successivement les deux règles que le législateur a édictées en faveur du commerce.

A. — Il n'est pas douteux, à notre avis, en droit, que la permission d'assigner de jour à jour, et même d'heure à heure, consacre non seulement le pouvoir pour le président du tribunal de commerce d'abréger le délai ordinaire des ajournements, qui est de un jour franc; mais encore le pouvoir de fixer les affaires urgentes en dehors des audiences habituelles tenues par le tribunal de commerce. Il serait en effet déraisonnable de restreindre la portée de l'article 417 du Code de procédure civile, en obligeant un plaideur qui présenterait requête, dans un cas d'urgence au lende-

(1) Dalloz, *Suppl. au Rép.*, v° *Procédure devant les tribunaux de commerce*, n° 22.

main de l'audience, à attendre pendant huit jours jusqu'à la nouvelle audience pour faire statuer sur sa demande.

Mais si cette solution est la seule possible en droit, il faut ajouter qu'en fait elle est loin de donner des résultats satisfaisants. Tandis qu'il est facile, en effet, de saisir le juge des référés, qui est un juge unique, il est bien difficile de réunir des juges consulaires au moins au nombre de trois; et cette difficulté est tellement certaine qu'en pratique on ne voit jamais un tribunal de commerce se réunir pour juger en dehors de ses jours d'audience. La raison principale de ce fait est que les juges consulaires, dont les fonctions sont purement honorifiques, sont retenus par leur propre commerce soit à leur domicile, soit au dehors; or, ce serait pour eux une gêne considérable et la source d'un préjudice s'ils devaient être appelés au tribunal en dehors de leur jour d'audience.

B. — La saisie des effets mobiliers que peut autoriser le Président du tribunal de commerce en vertu de l'article 417 du Code de procédure civile constitue, à n'en pas douter, un avantage considérable de la juridiction commerciale.

Cette disposition législative constitue un droit spécial dont on ne trouve aucun exemple en matière civile, et qui procure aux commerçants une garantie des plus sérieuses, en leur permettant d'empêcher la disparition de leur gage des mains d'un débiteur de mauvaise foi.

Mais quels que soient les avantages de cette disposition, on ne saurait soutenir qu'elle puisse, dans tous les cas, rendre inutile l'application des référés aux matières commerciales.

Cela est si vrai que le législateur, dans divers articles du Code de commerce, a pourvu à des difficultés urgentes. L'article 106 de ce Code prévoit la nomination d'experts nommés par le Président du Tribunal de commerce ou par le juge de paix pour constater l'état d'objets trans-

portés, en cas de refus ou de contestations, lors de leur arrivée.

L'article 151 du même Code, prévoyant le cas où une lettre de change revêtue de l'acceptation a été perdue, décide que le paiement ne peut être exigé sur une seconde, troisième ou quatrième que par ordonnance du juge et en donnant caution.

Ce ne sont là que des exemples qu'on pourrait multiplier.

Mais alors se pose immédiatement la question suivante: malgré la préoccupation du législateur de pourvoir au règlement des difficultés urgentes n'en est-il pas qui sont restées en dehors de ses prévisions? La réponse affirmative est certaine.

Pour démontrer qu'il en est ainsi, prenons comme exemple l'article 106 du Code de commerce lui-même.

Le législateur par cette disposition a donné, comme nous venons de le voir, compétence au président du Tribunal de commerce ou au juge de paix pour nommer des experts à l'effet de constater l'état d'objets transportés au cas de refus ou de contestation lors de leur arrivée, mais tout le monde s'accorde pour décider qu'une telle expertise n'a de valeur que dans les rapports du voiturier et du destinataire(1). Si au contraire la difficulté s'élève entre l'acheteur et le vendeur de la marchandise transportée, il faut, pour que l'expertise soit opposable au vendeur, que les règles essentielles des expertises ordinaires soient observées, notamment que les experts soient nommés par le Tribunal de commerce (2).

Cependant, il peut y avoir une extrême urgence pour l'acheteur à faire vérifier l'état de la marchandise ; cette urgence, le législateur l'aurait parfaitement entrevue, en simplifiant pour le voiturier les formes de procéder tandis

(1) Cass., 22 novembre 1892, Sirey, 93. 1. 24.
(2) Cass., 1er mars 1892. Sirey. 92. 1. 200; — Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 128.

qu'il aurait imposé d'après la théorie de la Cour suprême des règles beaucoup plus compliquées à l'acheteur dont la situation n'est pas moins intéressante que celle du voiturier.

La conclusion qui se dégage nettement de cet exemple est que les dispositions éparses du Code de commerce n'ont pas prévu tous les cas d'urgence qui peuvent se présenter.

Faut-il donc décider que, dans les hypothèses non prévues par le législateur, les plaideurs devront subir les lenteurs de la procédure ordinaire ?

Une théorie semblable paraît si déraisonnable qu'il est impossible de l'admettre.

Elle aurait « pour résultat, dit M. Bazot, de priver des avantages d'une procédure expéditive et économique ceux des justiciables à qui elle est le plus nécessaire. La promptitude en effet n'est-elle pas le principal ressort des transactions commerciales et un commerçant pour qui le temps est de l'argent n'a-t-il pas plus qu'un autre besoin de voir abréger le procès qu'il n'a pu éviter (1) ? »

On ne peut pas supposer de la part du législateur une telle erreur ou un tel oubli ; et la vérité paraît être qu'il a voulu maintenir la compétence du président du tribunal civil jugeant en référé pour toutes les hypothèses dont il n'a pas expressément concédé la connaissance à un autre juge.

Cette théorie, qui est celle que nous admettons, s'appuie :

1° Sur un argument historique ;

2° Sur un argument de texte ;

3° Sur des raisons d'utilité pratique.

a) Nous savons que l'article 6 de l'Édit de 1685 attribuait compétence au Lieutenant Civil pour statuer sur les demandes de mainlevée de marchandises prêtes à être envoyées et dont les voituriers sont chargés et qui peuvent dépérir. Or la connaissance de ces actions était dévolue,

(1) Bazot, *op. cit.*, p. 183.

au fond, aux juges consulaires. N'y a-t-il pas lieu d'admettre que le législateur du Code de procédure civile a voulu, par son silence, laisser subsister la théorie consacrée par un usage incontesté?

b) L'article 806 du Code de procédure civile, qui est le premier du titre des référés, paraît dans sa généralité embrasser toutes les matières tant civiles que commerciales.

Si l'on remarque en effet que le titre des *référés*, placé au livre V, vient à la suite des 3 premiers livres qui concernent toutes les juridictions tant civiles que commerciales et de justice de paix, les termes par lesquels débute l'article 806 : « *dans tous les cas d'urgence* ..... » paraîtront difficilement devoir se restreindre aux seules difficultés d'ordre civil.

L'article 57 du décret du 30 mars 1808 paraît même encore plus explicite. Il est ainsi conçu : « Le Président du tribunal tiendra l'audience des référés à laquelle seront portés tous les référés *pour quelque cause que ce soit.* » Si l'on veut prêter à ces derniers mots un sens, il faut nécessairement admettre que le législateur a entendu comprendre dans cette formule tous les référés, tant en matière civile qu'en matière commerciale. Raisonner autrement c'est prêter au législateur une phrase dépourvue de sens, alors qu'il avait tant de motifs de lui attribuer la portée et le sens précis que nous lui donnons.

c) Nous avons démontré qu'il est inexact de prétendre que les articles 417 et 418 du Code de procédure civile et quelques articles épars du Code de commerce ont pourvu à tous les cas d'urgence; mais en fût-il ainsi, la procédure des référés ne perdrait pas son utilité relativement aux affaires commerciales.

C'est vainement qu'on prétendrait en effet que cette procédure offre les avantages des référés. Sans pousser jusqu'au bout le parallèle entre ces deux procédures on peut remarquer :

1° Que les incapables peuvent plaider en référé sans avoir besoin de recourir à une autorisation, alors que cette autorisation leur est nécessaire pour plaider devant les tribunaux de commerce;

2° Que les ordonnances de référé par défaut ne sont pas susceptibles d'opposition, tandis que les jugements par défaut rendus en matière commerciale sont susceptibles de cette voie de recours qui arrête leur exécution;

3° Que les ordonnances de référé sont exécutoires par provision sans caution, tandis que l'exécution provisoire des jugements commerciaux est en principe subordonnée à la nécessité de fournir caution;

4° Il est certain que les ordonnances de référé sont exécutoires sur minute, tandis que la question est au moins controversée, entre les auteurs, pour les jugements commerciaux;

5° Les ordonnances de référé deviennent plus tôt définitives que les jugements des tribunaux de commerce puisque l'appel des premières doit être interjeté dans la quinzaine de leur signification, tandis que l'appel des jugements commerciaux est recevable dans les deux mois.

Cette doctrine, à la fois rationnelle, juridique et utilitaire, est soutenue par nombre d'auteurs (1); elle avait donné lieu à des arrêts remarquablement motivés (2); mais depuis la décision de la Cour suprême du 1er décembre 1880, elle a perdu tout crédit en jurisprudence.

Les partisans de la théorie consacrée par la Cour de cassation, admettant l'incompétence du tribunal civil comme juge des référés en matière de commerce, ont à se demander quelle est la nature de cette incompétence. Est-elle absolue et d'ordre public pouvant être opposée en tout état de

(1) Boitard, Colmet d'Aâge et Glasson, *Leçons de procédure civile*, 15e édit., t. II, p. 523; — Bazot, *op. cit.*, pp. 182 et suiv.;—Glasson, note, D. P. 83. 2.141; — Garsonnet, *op. cit.*, § 1461.

(2) Rouen, 3 décembre 1867, Sirey, 68.2.226; D. P., 81.1.5, note a.

cause et même d'office? Est-elle au contraire simplement relative, opposable seulement *in limine litis ?*

La théorie que nous avons admise nous dispense de prendre parti sur cette question. Il nous suffira d'indiquer les arguments qu'invoquent les partisans de ces deux systèmes.

M. Boitard pense que la question comporte la même solution que celle relative à l'incompétence du tribunal civil lui-même pour les affaires commerciales; c'est dire que l'incompétence du président du tribunal civil pour statuer en référé sur les matières commerciales n'est point absolue, car il est généralement admis, au moins en jurisprudence, que l'incompétence du tribunal civil pour connaître des procès commerciaux est relative (1).

Cette doctrine a été consacrée par divers arrêts des première et quatrième chambres de la Cour d'appel de Paris (2), M. Gérard, qui se rallie à cette jurisprudence ne le fait qu'en raison de l'utilité qu'elle présente et pour enlever plus de force encore aux griefs que nous avons formulés contre le système admis par la Cour de cassation sur la question précédente; c'est reconnaître, soit dit en passant, que ce système présente de graves inconvénients pratiques.

La théorie de l'incompétence absolue est soutenue par MM. Lyon-Caen et Renault (3), qui s'expriment en ces termes : « Il ne s'agit pas d'une contestation pour laquelle le président du tribunal de commerce est compétent à l'exclusion du président du tribunal civil, mais d'une contestation pour laquelle aucune juridiction n'est compétente par cela même que nos lois n'admettent pas le référé en matière commerciale. »

Cet argument repose entièrement sur les termes de l'arrêt

(1) Boitard, Colmet d'Aâge et Glasson. *Leçons de procédure civile*, 15e édit., t. II, p. 1067; — Garsonnet, *op. cit.*, § 1461.

(2) Paris 19, janvier 1880. 1er avril 1881; 28 janvier 1893. D. P. 1893. 2. 337 et 338; 19 juin 1895. D. P. 95. 2. 512.

(3) *Traité de droit commercial*, t. I, n° 419 *bis*.

de la Cour de cassation du 1er décembre 1880 précité, qui proscrit d'une façon absolue le référé en matière commerciale. — La septième chambre de la Cour d'appel de Paris a consacré ce système (1) adopté également par la doctrine et la jurisprudence belges (2); mais la question ne se pose plus aujourd'hui dans la législation belge, car une loi du 26 décembre 1891 a donné compétence au président du tribunal de commerce pour statuer provisoirement par voie de référé sur tous les cas qui rentrent dans la juridiction des tribunaux de commerce ou dans celle d'arbitres commerciaux (art. 2).

SECTION III

Affaires administratives.

Le principe de la séparation des pouvoirs est aujourd'hui un dogme reconnu par tout le monde; soit qu'on adopte la division tripartite des pouvoirs en législatif, exécutif et judiciaire, qui est la division classique, soit qu'on n'admette que la division en pouvoirs législatif et exécutif, ce dernier se subdivisant lui-même en trois branches qui comprennent le gouvernement, l'administration et la justice, il est constant qu'il y a indépendance absolue entre l'administration et la justice.

Aussi éprouve-t-on un vif étonnement lorsqu'on voit que des jurisconsultes distingués ont voulu attribuer au juge des référés la connaissance des litiges qui se rattacheient par leur nature au droit administratif.

M. Thiercelin (3) a soutenu que le juge des référés étant

(1) Paris, 9 mai 1893, D. P. 93. 2. 337.

(2) De Paepe, *Etude sur la compétence civile*, t. I, p. 72; — Moreau, *De la juridiction des référés*, n° 10; Cass. belg., 23 mars 1882. *Pasicrisie*. 82. 1. 88.

(3) *Revue pratique*, t. III, p. 433, et t. IV, p. 92.

compétent dans tous les cas d'urgence, il n'y avait pas de motif pour limiter cette compétence absolue. Ce jurisconsulte a considéré que le juge des référés était un juge à part, qui n'occupait aucune place déterminée dans notre système de législation, et que dès lors qu'il ne jugeait pas le fond du droit, il n'y avait nul inconvénient à admettre qu'il pût statuer sur des litiges de l'ordre administratif.

Quant au principe de la séparation des pouvoirs, cet auteur n'y attache nulle importance et croit n'y porter en tous cas aucune atteinte par la mise en œuvre de sa théorie.

Enfin, fait remarquer M. Thiercelin, la doctrine contraire présenterait de graves inconvénients, puisque le référé n'existe pas en matière administrative (1).

On a fait remarquer à juste titre, à notre avis, que ce système était insoutenable en droit.

En effet, il est inexact de prétendre que le juge des référés occupe dans notre législation une place indéterminée. Sa juridiction est définie par le Code de procédure civile, et cela suffit pour que sa compétence ne puisse pas s'étendre aux affaires d'ordre administratif. D'autre part, à moins de violer ouvertement le principe de la séparation des pouvoirs, on ne saurait investir un magistrat de l'ordre judiciaire du droit de juger, même à titre provisoire, des litiges administratifs. Enfin, dire que le juge des référés doit exercer sa juridiction dans les matières administratives, à raison de l'utilité que peut présenter cette doctrine, c'est vouloir faire la loi et non l'interpréter.

C'est cependant sur ce terrain de l'utilité, quelque peu solide et peu juridique qu'il puisse paraître, qu'un deuxième système a cherché à se faire jour.

Il a été soutenu par M. Bertin (2) et nombre d'auteurs (3)

(1) Dans le sens de cette doctrine : Lyon, 19 mai 1857, S. 58, 2. 305.
(2) *Le Droit*, 23 mars et 12 juin 1857.
(3) Dalloz. *Répertoire*, v° *Référé*, n° 235 ; — Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 381 ; — Bazot, *op. cit.*, pp. 197 et suiv. ; — Garsonnet, *op. cit.*, t. VII, § 1462.

qui disaient qu'en thèse générale, s'il est vrai qu'aux termes de l'article 4 du décret du 28 pluviôse an VIII les conseils de préfecture sont compétents pour statuer sur les réclamations des particuliers qui se plaignent du dommage que leur a causé l'exécution des travaux prescrits par les agents de l'administration, il a été fait exception à cette règle au cas d'*extrême urgence* lorsqu'il y a nécessité de procéder à un *constat des lieux*.

Cette théorie n'avait qu'un défaut, celui de créer une exception là où la loi n'en a pas indiqué; en outre, et quoi qu'en disent les auteurs, elle consacrait un empiétement indiscutable du juge civil sur le domaine administratif.

Ces deux systèmes peu juridiques furent repoussés par la généralité des arrêts qui ont consacré l'incompétence absolue du juge des référés en matière administrative.

La Cour de cassation a consacré ce dernier système dans un arrêt du 13 juillet 1871, en donnant de sa décision les motifs suivants : « Attendu que la compétence du juge des « référés repose sur le même principe que celle des tribu« naux ordinaires; que, dans le cas où, à raison de la ma« tière, la connaissance de la cause appartient, comme dans « l'espèce, à l'autorité administrative, leur incompétence « est aussi absolue sur le provisoire que sur le principal « et au fond (1). »

La jurisprudence s'est ralliée à cette solution qui paraît, en droit, la seule admissible (2).

Mais si cette doctrine était la seule juridique, il faut bien reconnaître que notre législation laissait fort à désirer sur ce point.

Quelques textes épars avaient pourvu à certaines difficultés urgentes : en matière de travaux communaux, l'article 56 de la loi du 16 septembre 1807 permet au maire de dési-

(1) Cass,, 13 juillet 1871, D. P. 71. 1. 83.
(2) Limoges, 13 août 1888. D. P. 89. 2. 57; — Trib. conflit, 23 janvier 1888. D. P. 89. 3. 38.

gner un expert; en matière de contraintes des contributions directes, l'article 67 du règlement du 21 décembre 1839 permet à la personne qui a été l'objet d'une saisie-exécution de se pourvoir en cas de difficultés devant le sous-préfet; c'est également devant ce fonctionnaire que l'article 3 de la loi du 29 floréal an X prescrit d'adresser les procès-verbaux sur les contraventions de grande voirie; il doit ordonner, par provision, ce que de droit pour faire cesser le dommage, sauf recours au préfet; enfin l'article 50 de la loi du 21 avril 1810 sur les mines, modifié par la loi du 27 juillet 1880, donne compétence au préfet pour pourvoir aux dangers que l'exploitation des mines peut faire courir à la sûreté publique.

Ce sont là évidemment des dispositions insuffisantes, et nombre de difficultés urgentes restaient sans solution.

Pour parer à cette imprévoyance du législateur, la doctrine et la jurisprudence, en dehors des systèmes exposés plus haut, avaient cherché une solution pratique qui ne fût pas en contradiction avec le principe de la séparation des pouvoirs.

M. Albert Christophle, examinant le question de dommage qui peut être causé à des particuliers par le dépôt ou l'extraction de matériaux, en matière de travaux publics, pensait que les particuliers qui voulaient faire constater ce dommage par experts devaient s'adresser au préfet qui agissait non en *sa qualité de préfet, mais comme juge;* et tout en reconnaissant que la loi n'autorisait pas expressément ce recours, M. Christophle pensait que le préfet ne pouvait refuser de statuer, en ce cas, sous peine de déni de justice (1).

Le conseil d'État, par deux arrêts identiques, vint consacrer cette doctrine (2).

Mais quelques années plus tard, il semblait lui-même abandonner ce système, en décidant que le conseil de pré-

(1) *Bulletin des tribunaux*, 5 octobre 1863.

(2) Cons. d'Etat, 22 janvier 1867, D. P. 67. 3. 26; et 18 novembre 1868. S. 70 . 2. 313.

fecture pouvait statuer comme un juge des référés (1), tant il est vrai qu'en dehors de la loi la justice ne peut donner à ses décisions aucun caractère de stabilité.

La loi du 22 juillet 1889, *Sur la procédure à suivre devant les conseils de préfecture*, vint mettre un terme à ce fâcheux état de choses. L'article 24 de cette loi dispose que : « En cas d'urgence, le président du conseil de préfecture peut, sur la demande des parties, désigner un expert pour constater des faits qui seraient de nature à motiver une réclamation devant ce conseil. Avis en est immédiatement donné au défendeur éventuel. »

Cette disposition législative consacre d'une manière désormais indiscutable l'incompétence du juge des référés en matière d'expertise administrative ; néanmoins, telle est la force de l'habitude que, même après la promulgation de cette loi, le tribunal des conflits a eu à se prononcer contre la compétence du juge des référés saisi à tort en cette matière (2).

La Cour de Bordeaux, dans un arrêt récent, échappe à ce reproche, mais a eu le tort de ne pas motiver sa décision exclusivement sur la loi du 22 juillet 1889, dont les termes sont cependant si précis (3).

L'article 24 de la loi du 22 juillet 1889 indique, d'autre part, d'une façon précise, devant quel magistrat les parties pourront se pourvoir et ce qu'elles pourront demander à ce magistrat.

Ses pouvoirs sont fort restreints ; il doit se borner à ordonner de *simples constats* ; il n'a pas, comme le juge des référés, de pouvoirs de juridiction (4).

Les travaux préparatoires de la loi ne laissent subsister aucun doute à cet égard. M. Léon Clément, rapporteur de

(1) Cons. d'État, 26 décembre 1873. S. 75. 2. 289 ; et 2 mai 1884. *Rec. Cons. d'État*, p. 343.

(2) Trib. conflits, 13 décembre 1890. D. P. 92. 3. 58.

(3) Bordeaux, 26 juin 1899. D. P. 99. 2. 437.

(4) Guermeur, *De la procédure devant les conseils de préfecture*, pp. 112 et suiv.

la loi au Sénat, s'exprimait en effet en ces termes : « Le « président se borne à désigner un expert pour constater « des faits qu'il y a urgence à reconnaître, et qui seraient « de nature à motiver une réclamation devant le conseil de « préfecture. C'est une simple mesure conservatoire, *un « simple constat*. Ce n'est pas une véritable expertise. La « vérification devra être faite sans qu'il y ait lieu d'appré- « cier les droits respectifs des parties, la recevabilité et le « mérite de leurs prétentions... *Le président n'a pas d'au- « tre pouvoir que celui de faire procéder à une constatation « urgente quand elle est réclamée*. Il ne peut rendre aucu- « ne décision provisoire sur le litige, il ne peut pas arrêter « provisoirement l'exécution de mesures prescrites par « l'administration, un pouvoir de cette nature pourrait avoir « de graves inconvénients. Le texte de l'article 24 ne laisse « aucun doute à cet égard : le président peut désigner un « expert, s'il y a lieu ; *mais la loi ne lui concède aucun « autre pouvoir de juridiction* (1). »

Il faut donc conclure, tant du texte de l'article 24 de la loi du 22 juillet 1889 que de cet exposé très clair de M. Clément, que le référé administratif n'existe pas, à l'instar de celui organisé par les articles 806 et suivants du Code de procédure civile (2).

La pensée de M. Bozérian, sénateur, était cependant de conférer au président du conseil de préfecture toutes les attributions du juge des référés ; mais M. Clément répondit qu'on ne saurait, à aucun titre, lui accorder ce pouvoir ; qu'il ne pouvait pas rendre d'ordonnance pour trancher provisoirement le litige ; qu'il ne pouvait pas plus que le conseil connaître de l'exécution des décisions du dit conseil ; et qu'enfin on ne voyait pas d'hypothèse où un titre exécu-

(1) Rapport de M. L. Clément au Sénat, 17 janvier 1889, *Journal off.* du 6 février 1889, annexes, p. 1, n° 4.

(2) Dalloz, *Supp. au Rép.* v° *Expert*, n° 176, et v° *Organisation administrative*, n° 129.

toire pourrait lui être présenté, à l'occasion duquel il y aurait lieu de solliciter de lui une mesure provisoire.

Ces affirmations parurent suffisantes au législateur pour ne pas créer le référé administratif. Mais, comme il était inexact de prétendre que le président du conseil de préfecture ne pourrait pas être saisi de difficultés relatives à des titres exécutoires pouvant faire l'objet de mesures provisoires, on négligea toute une série d'hypothèses, où, en cas d'urgence, les justiciables sont absolument désarmés; et c'est à l'égard de ces hypothèses que peut encore se poser aujourd'hui la question de compétence du juge civil des référés relativement à des affaires qui sont de la compétence administrative.

Ainsi *la nomination d'un séquestre* peut en, matière administrative, présenter un véritable caractère d'urgence; de même, il peut être urgent pour un particulier de faire ordonner qu'*il sera sursis à l'exécution d'un arrêté de l'autorité administrative* portant atteinte aux droits résultant pour lui d'un titre exécutoire.

Dans ces cas, la jurisprudence s'était décidée, dès avant 1889, contre la compétence du juge des référés (1); il y aurait aujourd'hui un argument nouveau à tirer de la loi du 22 juillet 1889, car il apparaît d'une façon évidente que si le législateur a soigneusement écarté, pour ordonner une simple mesure de constat, la compétence du juge des référés, à plus forte raison a-t-il voulu l'exclure dans les cas plus graves de sursis et de nomination de séquestre.

L'incompétence du juge des référés est donc absolue en matière administrative; mais si le principe est constant, l'application peut donner lieu à des difficultés : la compétence du juge des référés commence où celle du juge administratif finit; il est donc très important de rechercher à quels principes obéissent ces deux ordres de compétence.

(1) Dijon, 25 mai 1868, D. P. 69. 2. 222; — Douai, 6 mars 1872. D. P. 74. 5. 421.

M. Aucoc (1) considère que la juridiction administrative est compétente pour connaître des actions résultant, pour les particuliers ou l'administration, des lois qui ont organisé les services publics ou des actes d'autorité faits par l'administration en exécution de ces lois, et qu'au contraire l'autorité judiciaire est compétente s'il s'agit d'une action qui découle d'un contrat proprement dit, sans s'inquiéter si ce contrat a été passé à l'occasion d'un service public ou pour la gestion des propriétés publiques dans les conditions du droit civil.

Ainsi, *en matière des travaux publics*, la juridiction administrative est seule compétente, en vertu de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, pour connaître des réclamations des particuliers qui se plaindront des torts ou dommages provenant du fait personnel des entrepreneurs et non du fait de l'administration ; mais on est d'accord pour limiter cette compétence aux cas formellement prévus et en exclure tous les faits et dommages résultant des agents de l'administration et des entrepreneurs, à *l'occasion* de travaux, mais ne se rattachant pas directement à leur exécution, par exemple, les voies de fait sur une propriété privée sans ordre régulier de l'administration.

C'est par application de cette théorie qu'il a été décidé que le juge des référés est compétent pour ordonner une expertise à l'effet de rechercher si les travaux exécutés en vertu d'un arrêté préfectoral qui a autorisé une occupation temporaire d'un terrain n'ont pas excédé les limites de cet arrêté et porté une atteinte permanente à une propriété privée (2). Il est encore compétent pour arrêter, par mesure provisoire, les actes que l'administration n'a pas autorisés, comme les travaux entrepris par une commune en dehors de tout arrêté préfectoral (3).

(1) *Droit administratif*, t. I, p. 374.
(2) Rennes, 12 décembre 1881, D. P. 82, 2, 117.
(3) Cass., 20 juillet 1882. D. P. 83, 1. 161.

Ainsi encore, la question s'est posée relativement aux *congrégations* expulsées en vertu d'un acte d'administration, qui ont voulu obtenir, par la voie du référé, leur maintien ou leur réintégration dans les immeubles occupés par elle.

L'incompétence du juge des référés est certaine, s'il s'agit d'apprécier la légalité ou l'utilité de l'acte administratif qui a décidé l'expulsion des congréganistes.

Mais si ces derniers prétendent à un droit de propriété ou d'usage appuyé sur des titres sérieux, la contestation porte alors sur un droit réel, qui est de la compétence exclusive des tribunaux civils au fond, et qui, au provisoire, est de la compétence du juge des référés.

Cette théorie, qui paraît seule juridique, admise par la majorité des tribunaux de l'ordre judiciaire (1), a été repoussée par le tribunal des conflits dans une série de décisions (2), mais ce n'est pas sans hésitation que ce tribunal a admis la théorie contraire. Dans un arrêt du 14 janvier 1880 (3), cette solution n'était consacrée qu'après un partage des voix et contrairement aux conclusions du commissaire du Gouvernement.

D'ailleurs la doctrine de cet arrêt et de ceux qui l'ont suivi (4) est assez curieuse : le tribunal des conflits admet que l'autorité judiciaire est bien compétente pour décider, *au fond*, si la congrégation a sur l'immeuble dont elle a été expulsée un droit réél; mais il n'admet pas que le juge des référés puisse, *au provisoire*, décider que les membres de la congrégation seront réintégrés dans l'immeuble sur lequel ils prétendent un droit réel. Cette théorie est anti-juridique, car il n'est pas douteux que le juge des référés peut, au

(1) Cass., 26 fevrier 1873. D. P. 73. 5, 391 ; Trib. civ. Lorient, 12 septembre 1888. D. P. 89. 3. 88.

(2) Trib. conflits, 13 avril 1889. D. P. 90. 3. 54.

(3) Affaire ville de Brignolles. D. P. 80. 3. 91.

(4) Trib. conflits, 13 janvier 1883. D. P. 84. 1. 74 ; 26 mars 1898, *le Droit* du 10 avril 1898.

provisoire, connaître de toutes les difficultés dont le tribunal civil est appelé à connaître au fond.

Le tribunal des conflits a donné lui-même une solution différente en déclarant le juge des référés compétent pour statuer sur la demande d'une fabrique tendant à obtenir la reprise immédiate de la possession ou la mise sous séquestre d'un immeuble dont la fabrique se prétendait propriétaire et qu'elle avait mis à la disposition de la commune aux termes d'un acte notarié pour y établir une école primaire tenues par les Frères; et il en est ainsi nonobstant une délibération par laquelle le conseil municipal, après la suppression de l'école tenue par les Frères, a décidé que l'école des filles sera installée dans l'immeuble litigieux (1).

Il est juste de faire observer, toutefois, que le tribunal des conflits, pour éviter de mettre cette décision en opposition avec sa jurisprudence précédente, a eu soin de déclarer que la délibération du conseil municipal, décidant que l'école des filles serait installée dans l'immeuble litigieux, « ne constituait *qu'un acte de gestion* d'un immeuble prétendu communal, et ne pouvait faire obstacle à ce que le juge compétent statuât sur les mesures provisoires se rattachant à la demande de la fabrique ».

En résumé, les principes que nous venons d'examiner nous conduisent à cette conclusion : le juge des référés est compétent relativement à toutes les affaires dont son tribunal peut connaître ; en outre, il est compétent pour les affaires qui ressortissent à la justice de paix et aux tribunaux de commerce.

Quant aux matières administratives, le principe de la séparation des pouvoirs s'oppose à ce qu'il en connaisse à un titre quelconque ; toutefois, y a-t-il lieu de distinguer soigneusement suivant le *critérium* que nous avons indiqué, où commencent et où finissent les actes administra-

(1) Trib. conflits, 5 janvier 1889. D. P. 90. 3. 34.

tifs car la compétence du juge des référés existe dès que l'on se trouve en dehors du domaine administratif.

Mais cette compétence très large du juge des référés n'existe pas d'une manière absolue : elle est soumise à certaines conditions qui en précisent ou en limitent l'étendue et qui feront l'objet de la deuxième partie de ce travail.

DEUXIÈME PARTIE

CONDITIONS DE CETTE COMPÉTENCE

CHAPITRE PREMIER

Règle extensive.

Le juge des référés est compétent dans tous les cas d'urgence.

L'article 806 du Code de précédure civile attribue compétence au juge des référés dans tous les cas d'urgence.

Pour apprécier l'étendue de cette compétence, il est donc nécessaire d'avoir une idée exacte, une notion précise de l'urgence.

Presque tous les auteurs se sont inspirés des paroles prononcées lors de la confection de la loi par le tribun Réal qui avait déclaré que, dans son discernement et sa probité ; le Président renverrait à l'audience les difficultés qui ne seraient portées à son hôtel que par une indiscrète et avide précipitation, tandis qu'il prononcerait sur celles « auxquelles le moindre retard, ne fût-il que de quelques heures, peut porter un préjudice irréparable ».

Aussi l'idée dominante tendait-elle, en doctrine, à réduire à des cas peu nombreux l'application des référés.

Thomines-Desmazures estime qu'il n'y a d'urgence et lieu

à référé que quand on serait sans justice si on ne l'obtenait pour ainsi dire à l'instant même.

La jurisprudence qui suivit la promulgation du Code interprète également ces paroles à la lettre, ce qui la conduit à une application fort restreinte du référé. « Il faut que l'urgence soit absolue, c'est-à-dire qu'il y ait un péril réel à attendre l'audience ordinaire du tribunal, même à bref délai (1). »

De Belleyme lui-même avait, en théorie, obéi à la même préocupation en disant: « L'urgence est ce qui ne peut, sans préjudice, éprouver le moindre retard, parce que l'action n'aurait plus d'intérêt et le préjudice serait irréparable (2). »

Mais il s'était empressé, comme juge, d'oublier ce qu'il avait écrit comme auteur, en donnant à la juridiction des référés une audacieuse extension.

Un arrêt récent, s'appropriant la formule restrictive de ces auteurs, a décidé : « Que l'urgence doit s'entendre d'un cas pressant, c'est-à-dire d'un cas où le moindre retard causerait un préjudice irréparable (3). »

Cette théorie, si elle était rigoureusement appliquée, conduirait à réduire à un nombre d'hypothèses insignifiant l'application des référés; or, rien n'indique, de la part du législateur, l'intention d'avoir voulu limiter le champ d'application de cette procédure.

L'urgence n'est pas susceptible d'une définition : comme l'a dit fort justement M. Gérard, c'est une idée absolument contingente, une question de faits et de milieux (4), qui se modifie suivant le temps et les circonstances et qui varie avec les individus selon leurs moyens et leurs besoins.

Pour qu'il y ait urgence, il est inutile, à notre avis, qu'on

(1) Rome, 6 juillet 1811. Dalloz, *Rép*, v° *Référé*, n° 96.
(2) De Belleyme, *op. cit.*, t. I, p. 375.
(3) Bruxelles, 19 avril 1893, D. P. 94. 2. 128.
(4) Gérard, *op. cit.*, p. 55.

se trouve en présence d'un péril imminent ou d'un *préjudice irréparable;* un simple *danger* suffit (1).

De ce que l'urgence est une pure question de fait, il y a lieu de tirer cette conséquence que la déclaration d'urgence faite par le juge des référés est souveraine et échappe au contrôle de la Cour suprême. C'est en effet ce que cette Cour a admis dans un arrêt récent (2).

Le juge des référés, appréciateur souverain de l'urgence, devra à notre avis se montrer très large pour en reconnaître les caractères : il ne trouvera de limites à cette règle que le principe formulé dans l'article 809, savoir : que les ordonnances de référé ne feront aucun préjudice au principal.

L'urgence étant une des conditions essentielles de la compétence du juge des référés, ce magistrat doit la déclarer d'une façon expresse dans son ordonnance ; mais aucune formule sacramentelle n'est exigée à ce sujet, et c'est à juste titre, suivant nous, qu'il a été jugé que, lorsque la requête présentée au juge du référé expose qu'il y a nécessité de faire procéder sans aucun retard à l'expertise sollicitée, parce que les débris des objets incendiés, dont l'examen peut être utile, vont disparaître, l'ordonnance par laquelle il a été déclaré, au vu de cette requête, « qu'il y a plus que célérité, mais urgence, » contient, par référence, des motifs précis et explicites sur l'urgence en question (3).

(1) Darnaud, *De la juridiction des référés.*
(2) Cass., 20 juillet 1893. D. P. 93. 1.597.
(3) Cass., 30 octobre 1889. D. P. 90. 1. 163.

CHAPITRE II

Règle restrictive.

Le juge des référés ne doit pas faire préjudice au principal.

Nous venons d'examiner la règle la plus générale de la compétence du juge des référés, qui consiste dans l'urgence.

Mais dès que l'urgence existe, le juge des référés peut-il statuer sans limite sur les questions qui lui sont soumises? ou, au contraire, sa compétence est-elle restreinte par des règles formelles?

La solution de cette question réside dans les deux textes suivants :

1° L'article 806 du Code de procédure civile, qui est ainsi conçu : « dans tous les cas d'urgence ou lorsqu'il s'agira de *statuer provisoirement* sur les difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire ou d'un jugement.... »

2° L'article 809 qui dispose que : « *les ordonnances sur référé ne feront aucun préjudice au principal.* »

De la combinaison de ces deux textes, il semble, *a priori*, résulter que le juge des référés est appelé à statuer *au provisoire*, et le tribunal à statuer *au principal*, et les règles déposées dans ces deux articles seraient dans ce cas une limitation de la compétence du juge des référés ; mais nous allons voir que l'incertitude la plus absolue règne sur l'interprétation à donner à ces textes.

Premier système. — Dans un premier système, essentiel-

lement restrictif de la compétence du juge des référés, on décide que la règle des articles 806 et 809 du Code de procédure civile signifie que l'ordonnance de référé pourra simplement prescrire *des mesures conservatoires*, mais ne devra jamais ni préjuger ni juger le fond du droit. C'est là une interprétation admise par M. Bertin qui la formule en ces termes : « Le juge des référés est compétent, dans les deux cas (urgence et difficultés sur l'exécution), à la condition de ne faire aucun préjudice au principal ; c'est-à-dire il peut, s'il y a urgence, *ordonner les mesures conservatoires.* » Plus loin cet auteur ajoute : « L'article 809 du Code de procédure civile enjoint au juge des référés de ne porter aucun préjudice au principal, c'est-à-dire de ne jamais statuer, même provisoirement, *sur le fond du droit* et de ne conférer comme conséquence de cette appréciation aucun droit de mise à exécution (1). »

C'est également cette théorie que M. de Belleyme admet en ces termes : « Il faut, dit-il, que la demande urgente soit de nature à donner lieu à une *mesure provisoire*, parce que l'ordonnance ne peut préjudicier en principal (C. pr. 809) ; c'est parce qu'elle peut être réformée au principal et non à cause de sa durée qu'elle est provisoire, car, à défaut d'action principale, elle devient définitive (2). »

La jurisprudence la plus récente se rallie également à cette doctrine consacrée par la Cour suprême dans les termes suivants : « Attendu, porte l'arrêt, que cette expertise urgente n'entraînant aucune conséquence *irréparable* n'a eu, au sens de l'article 809, que le caractère d'un *acte provisoire* qui ne fait pas préjudice au principal (3). »

On a dit, contre ce système, qu'il était inadmissible parce que, dans des cas nombreux, les ordonnances de référé sont de nature à causer un dommage définitif à l'une des parties ;

(1) Bertin, *op. cit.*, nos 44, 53, 67 et suivants.
(2) De Belleyme, *op. cit.*, 3e édit., t. I. p. 376.
(3) Cassation, 7 novembre 1894. D. P. 95. 1. 8.

et à l'appui de cette assertion on cite l'hypothèse où il s'agit d'autoriser ou d'interdire une opposition ou une mainlevée de scellés sans description immédiate; ou encore le cas où il s'agit d'expulser ou de maintenir un locataire en possession des lieux loués ; dans tous ces cas, dit-on, la compétence du juge des référés est certaine, et l'on est cependant obligé d'admettre qu'elles peuvent singulièrement compromettre les intérêts des parties.

Ce raisonnement n'infirme en rien la justesse du système que nous avons exposé, il ne démontre rien, car il traite la question par la question; il s'agit, en effet, précisément de savoir si le juge des référés peut rendre des décisions qui ont des conséquences irréparables, ou si, au contraire, il n'a pas ce pouvoir.

Et si nous repoussons ce système, c'est parce qu'il nous paraît être en contradiction avec le but que s'est proposé le législateur. Il semble que le vœu de la loi a été de donner au juge des référés des pouvoirs très larges pour parer aux inconvénients des lenteurs de la procédure, et rien n'indique qu'elle ait entendu limiter ces pouvoirs aux mesures conservatoires et réparables ; aucun de ces mots ne se trouve ni dans l'article 806 ni dans l'article 809, et il nous paraît arbitraire de vouloir en faire la base d'une règle restrictive de la compétence du juge des référés.

Deuxième système. — Il est la contre-partie de la théorie exposée plus haut. Loin de considérer l'article 809 comme une règle restrictive, les partisans de ce système en font une règle de liberté absolue. Pour eux, ce texte signifie simplement « que les ordonnances de référé ne lient en aucune façon le tribunal pour l'appréciation du litige (1) » ; et cette interprétation étant admise, la Cour suprême en tire cette conséquence que le juge des référés peut, à titre provisoire,

(1) Cass., 17 février 1874. Sirey, 74. 1. 245.

prescrire une mesure de nature à causer peut-être à l'une des parties un dommage irréparable en fait.

Cette interprétation de l'article 809 du Code de procédure civile faisant disparaître de ce texte la restriction qu'il semble apporter à la compétence du juge des référés, il en résulte cette conséquence que la juridiction des référés n'aurait d'autre condition d'exercice que l'urgence. Comme l'a exprimé en termes remarquables M. Labbé : *l'urgence, voilà ce qui légitime la décision du président; tout ce qui est urgent, il peut l'ordonner;* et encore : *l'urgence, telle est la raison, la règle, la seule condition et la seule limite de son pouvoir* (1).

Cette théorie aboutit à une extension considérable de la compétence du juge des référés : n'ayant pour limite de ses pouvoirs que l'urgence, il peut, non seulement préjuger, mais juger toutes les questions du fond que le tribunal sera appelé à connaître; il peut donner mainlevée d'une saisie-arrêt, prononcer la résiliation d'un bail; la distinction si délicate du provisoire et du principal disparaît, et disparaissent avec elles les difficultés d'application sans nombre auxquelles elle a donné lieu.

Il nous paraît douteux que la Chambre des requêtes ait envisagé toutes les conséquences de son système, lorsqu'elle a rendu l'arrêt du 17 février 1874.

Ce qui nous pousse à concevoir ce doute, c'est le rapport de M. le conseiller Gouget, qui a précédé cet arrêt, et qui constitue à notre avis un troisième système, auquel nous nous rallions.

Troisième système. — Laissons la parole au savant rapporteur qui posait en ces termes la question à résoudre : « Le Président du Tribunal a-t-il, dans la cause, statué *sur le fond* du litige; ou s'est-il borné à prescrire une *mesure provisoire*, qui laissait instacts, au fond, les droits respec-

(1) Labbé, note sous Paris, 7 février 1873, S. 76.2.313.

tifs des parties ? Telle est l'unique difficulté du procès.

« Lucas avait pratiqué une saisie-arrêt sur les appointements de Clère, son débiteur ; la question de savoir si cette saisie était régulière, si en conséquence elle devait être validée, ou si mainlevée totale ou partielle devait en être prononcée pour un motif quelconque, constituait un débat *sur le fond du droit*, que le tribunal de la Seine seul avait qualité pour juger, aux termes de l'article 567 du Code de procédure. *Mais à côté de cette question s'en présentait une autre:* Clère prétendait que ses appointements étaient sa seule ressource pour subvenir à ses besoins et à ceux de sa famille ; qu'ils avaient, dès lors, au moins pour partie, un caractère insaisissable ; que le tribunal appelé à statuer sur le mérite de la saisie apprécierait plus tard cette prétention, mais qu'en attendant sa décision, il y avait lieu à recourir à une mesure urgente, et à l'autoriser à toucher *par provision* les sommes que le président estimerait nécessaires pour ses aliments et ceux de sa famille. Cette demande ne constituait-elle pas, comme le déclare la Cour de Paris, un débat urgent et ne sollicitait-elle pas une *mesure provisoire?* N'y avait-il pas lieu, par suite, d'appliquer la disposition de l'article 806 qui permet d'assigner devant le président du tribunal dans tous les cas d'urgence ?... »

Comme on le voit le rapporteur distinguait avec soin le provisoire et le principal, et attribuait la connaissance de la mesure provisoire au juge des référés, et celle du principal au tribunal ; et pour qu'il n'y eût pas d'équivoque, il ajoutait : « Le tribunal est appelé à valider la saisie-arrêt ou à en donner mainlevée ; tandis que le président s'est borné à autoriser provisoirement et jusqu'à la décision du tribunal sur le fond, le débiteur saisi à toucher une portion de ses appointements malgré la saisie-arrêt. »

Malheureusement ces distinctions si logiques ne sont pas passées dans la formule laconique de l'arrêt de la Cour suprême. Cet arrêt dit simplement : « que si l'article 809 du

Code de procédure civile porte que les ordonnances ne feront aucun préjudice au principal, il faut en conclure qu'elles ne lient en aucune façon le tribunal pour l'appréciation du litige au fond. » Cela nous paraît exact; mais ce n'est qu'une des faces de la question que nous examinons, et il nous semble que certains auteurs ont eu le tort grave de déduire de ce principe des conséquences qu'il ne saurait comporter.

M. Arthus, résumant la théorie qu'il admet sur l'article 809, s'exprime en ces termes : en un mot, la décision du juge des référés ne liera jamais le juge du principal, alors même qu'il s'agirait pour ce dernier de statuer *sur la même question que celle qui a fait l'objet du référé* (1).

Dire que le juge des référés pourra statuer sur la question que le tribunal sera appelé à juger, c'est, à notre avis, commettre une confusion des plus regrettables qui conduit, en pratique, à des solutions inacceptables.

La formule employée par M. Deblock, et consistant à dire que « le juge des référés peut préjuger provisoirement le fond (2) », nous paraît aussi inexacte, car si le juge des référés peut juger le fond, il rendra dans bien des cas la mission du tribunal inutile. Or est-il admissible que, sous prétexte d'urgence, les justiciables voient disparaître les garanties dont la loi a entouré leurs intérêts?

La Cour suprême n'a jamais été aussi loin, et dans de nombreux arrêts, postérieurs à celui du 17 février 1874, elle a posé comme principe certain que le juge des référés ne devait pas, en rendant sa décision, faire disparaître l'utilité de la décision du fond. Elle entend, non seulement qu'il reste aux juges du fond *quelque chose à juger*, mais encore que leur décision présente *un intérêt pratique*.

Un arrêt de la chambre civile, du 10 novembre 1885, a

(1) Arthus, *op. cit.*, p. 250.
(2) Deblock, *op. cit.*, p. 88.

nettement mis en lumière cette double limitation apportée aux pouvoirs du juge des référés : « Attendu, dit la Cour, qu'il résulte de l'arrêt attaqué que l'ordonnance du 16 mai 1882 a été rendue alors qu'avait été formée la demande en validité de la saisie-arrêt permise par le président, et mise à exécution par Varinot et consorts ; attendu que cette seconde ordonnance, en rétractant *absolument* la permission de saisir-arrêter, *faisait disparaître la matière de la saisie-arrêt et rendait inutile et sans portée la décision sur le fond ; qu'elle entraînait ainsi forcément préjudice au principal* (1) ».

M. Garsonnet nous paraît avoir donné une solution exacte, sur ce point, en disant : « Ces deux formules (celles des articles 806 et 809) n'ont donc qu'un sens : elles signifient que les ordonnances de référé *laissent nécessairement intacte l'appréciation du fond du droit, qui n'appartient qu'à la juridiction ordinaire*, et que le président doit se déclarer incompétent et dire n'y avoir lieu à référé toutes les fois que la difficulté soulevée devant lui est de telle nature qu'il ne pourrait la résoudre sans statuer en même temps sur le fond, et sans usurper ainsi les droits réservés aux tribunaux institués pour en connaître (2).

Nous résumant sur cette importante question, nous dirons :

1° Le juge des référés ne doit pas juger le principal ;

2° Le principal, c'est le fond du débat, qui relève de la compétence du tribunal ;

3° Le juge des référés, en jugeant dans cette limite, laissera toujours au tribunal quelque chose à juger ;

4° Enfin le juge des référés devra toujours faire en sorte que la décision du tribunal présente un intérêt pratique.

Ces principes étant dégagés, il nous reste à en faire

(1) Cass., 10 novembre 1885. D. P. 86.1.209.
(2) Garsonnet, *op. cit.*, § 1471.

quelques applications pratiques, car il s'agit là de règles essentiellement abstraites, dont la mise en œuvre peut seule indiquer la véritable portée.

Si nous avions à faire une étude complète des référés, nous examinerions, en les groupant, tous les cas de référés qui se sont produits ou peuvent se produire, ce serait là une œuvre longue, puisqu'elle rayonnerait sur toutes les matières du droit; mais une telle conception, qui serait celle d'un répertoire pratique, répondrait mal à l'idée qui préside à ce travail.

Aussi nous bornerons-nous à examiner certaines matières qui, par leur nature, donnent souvent lieu à l'exercice de a juridiction des référés, en cherchant à mettre en lumière les principes exposés dans les deux chapitres précédents.

CHAPITRE III

Application des principes qui précèdent

SECTION PREMIÈRE

Contrat de louage.

Le preneur qui n'exécute pas les conventions que lui impose son bail ou la loi est exposé à des mesures de rigueur de la part du propriétaire. Celui-ci peut en effet : 1° obtenir le séquestre du mobilier; 2° le faire vendre; 3° il peut en outre expulser son locataire.

1° SÉQUESTRE

Le séquestre est une sorte de dépôt fait entre les mains d'un tiers, à l'amiable, ou sur l'ordre du juge, d'une chose sur laquelle plusieurs personnes ont, ou prétendent avoir des droits, en attendant le règlement définitif de ces droits.

On peut dire avec la Cour de cassation qu'il a pour but la conservation de la chose litigieuse ou affectée à la garantie des obligations du débiteur (1).

C'est au premier chef une mesure conservatoire.

Si l'on s'en tenait au texte de l'article 1961 du Code civil, il n'est pas douteux que l'on devrait dire que le séquestre est inapplicable tant que la saisie des meubles n'est pas opérée. Ce texte ne permet en effet le séquestre que des

(1) Cass., 17 janvier 1855. D. P. 55. 1. 11.

meubles saisis sur un débiteur, et la Cour de Paris a pu juger conformément à la lettre de cette disposition que le séquestre des meubles d'un locataire ne pouvait être ordonné avant la saisie (1).

Il faut reconnaître que cette interprétation littérale n'est guère admissible, car elle enlève à peu près tout l'intérêt du séquestre.

En effet, si cette mesure ne peut intervenir qu'après la saisie, elle n'est pas très utile, puisque, dans la saisie, il y a constitution d'un gardien avec lequel le séquestre paraît devoir, dans bien des cas, faire double emploi. Il est donc vraisemblable que le législateur a voulu donner une portée plus considérable à l'article 1961 du Code civil, et que ce texte n'est pas limitatif. C'est en ce sens que l'interprètent, en général, la doctrine et la jurisprudence la plus récente (2).

Cette interprétation étant admise, et le caractère conservatoire du séquestre étant reconnu, il s'ensuit que le juge des référés est compétent pour ordonner le séquestre du mobilier au cas de non-paiement des loyers (3).

La jurisprudence est même allée plus loin dans cette voie : elle a décidé que lorsqu'un locataire commerçant affiche une liquidation avec vente au rabais, *bien qu'il ait exactement payé ses loyers*, le juge des référés peut nommer un séquestre chargé de surveiller les ventes et d'encaisser une somme représentative des garanties supplémentaires réclamées par le propriétaire (4).

Il s'agit là d'une mesure conservatoire, et l'urgence consiste en ce que, si le propriétaire ne prenait pas immédiatement ses précautions, il verrait disparaître son gage, et pourrait ensuite se trouver en présence d'un locataire insolvable.

(1) Paris, 24 juillet 1874, D. P. 78. 2. 180.
(2) Paris, 15 avril 1885. D. P. 86. 2. 127.
(3) Paris, 7 août 1890. D. P. 91. 2. 161.
(4) Paris, 23 février 1884. Dall. Alph. *Supp.*, v° *Référé*, n° 29, note 1.

Le séquestre peut être ordonné dans une foule de circonstances, en dehors des cas que nous venons de citer; une difficulté s'est présentée en ce qui concerne *le séquestre des biens d'un débiteur en déconfiture.*

Certains auteurs, poussés par les nécessités urgentes de la pratique, ont pensé qu'il y avait lieu de nommer ce séquestre en référé, à la condition qu'il ne sera autorisé à procéder qu'à de simples actes d'administration, et qu'il ne pourra notamment procéder à des répartitions de deniers entre les créanciers du débiteur tombé en déconfiture (1).

Il n'est pas douteux que la mission de ce séquestre rentrerait en elle-même dans la compétence du juge des référés; mais la question est plus large, et ce qui est discutable, c'est que la loi permette d'enlever à un débiteur en déconfiture l'administration et la gérance de ses biens. Il s'agit là d'une question de liberté individuelle, du droit pour chacun de disposer de ses biens, et dont il ne pourrait être privé que par une disposition formelle de la loi; or, cette disposition n'existe pas; d'où nous concluons, d'une manière générale, qu'on ne saurait nommer, en ce cas, un séquestre: le juge des référés n'a pas plus ce droit que ne l'aurait le tribunal (2); nulle autorité judiciaire n'est compétente pour accomplir ce que la loi ne permet pas.

2° VENTE DU MOBILIER SAISI

Une saisie-gagerie a eu lieu; elle n'est pas encore validée, le mobilier saisi est presque sans valeur, l'immeuble qui le contient gagnerait à être loué; le juge des référés est-il compétent pour ordonner la vente de ce mobilier avant que la saisie ait été validée ?

En fait, il n'est pas douteux que l'intérêt du propriétaire

(1) Bertin, *op. cit.*, p. 481, n° 1007.
(2) Cass., 10 juillet 1876. S. 76. 1. 405; *J. Pal.*, 1876, p. 1045.

exigerait une mesure rapide ; et c'est pour cette raison d'intérêt que divers auteurs (1) et quelques arrêts (2), interprétant la maxime « nécessité fait loi » comme un axiome plus impérieux que le texte écrit, ont admis que le juge des référés pouvait ordonner la vente. Il s'agit tout d'abord, dit-on, d'assurer le paiement des frais, et pour cela d'en diminuer le montant : la vente est en ce cas un acte de sage administration, et si, en fait, elle produit des effets irrévocables, en droit, elle n'est qu'une mesure provisoire, en ce sens qu'elle n'engage pas le fond, et qu'elle laisse sur la validité de la poursuite le débat entier entre les parties.

Cette théorie, qui, en législation, serait assurément la meilleure, paraît inacceptable en droit. L'article 824 du Code de procédure civile dispose en effet « qu'il ne pourra être procédé à la vente sur la saisie-gagerie qu'après qu'elle aura été déclarée valable ».

D'autre part, il n'est pas exact de dire qu'il y ait urgence en ce cas ; tout au plus y aurait-il utilité pour le propriétaire ; or, nous avons vu que cela ne suffit pas pour qu'il y ait urgence au sens de la loi (3).

Enfin et surtout, bien qu'on l'ait contesté, la vente constitue une mesure définitive, un acte d'aliénation irrévocable, qui à ce titre dépasse les pouvoirs du juge des référés.

La jurisprudence a admis dans une série d'arrêts que le juge des référés était incompétent pour autoriser le propriétaire à procéder à la vente du mobilier saisi (4).

La théorie contraire paraît si difficile à justifier en droit que, dans la pratique, à Paris, on a souvent recours au moyen suivant : le propriétaire s'engage à accorder un délai au locataire pour payer son loyer, mais il exige de lui, de consentir à la vente de son mobilier, passé le délai sans paiement.

(1) De Belleyme, *op. cit.*, t. I, p. 369.
(2) Paris, 22 février 1878, D. P. 78. 2. 177.
(3) Labbé, note sous Paris, 7 février 1873. S. 76. 2. 313.
(4) Paris, 13 janvier 1886, D. P. 89. 2. 233.

Cette condition étant acceptée par le locataire, il se forme un contrat judiciaire qui fait la loi des parties. Mais alors le juge des référés abdique ses fonctions propres de juge; il ne dit plus le droit, il devient un notaire consignant la volonté des justiciables.

On s'est demandé, à cet égard, si le juge des référés avait qualité pour constater ainsi *les déclarations et consentements des parties ?*

L'affirmative est admise par les auteurs et la jurisprudence, mais certains arrêts apportent à ce principe un tempérament qui en restreint de beaucoup l'application : « Si le juge des référés, dit un arrêt de la Cour de Paris, peut et doit constater les déclarations faites ou les consentements donnés en sa présence et qui par leur objet rentrent dans les limites de ses attributions exceptionnelles, parce qu'il agit alors dans l'exercice de ses fonctions, il en est autrement lorsque les déclarations auraient pour objet de compromettre le fond du droit qu'il ne peut apprécier, et qu'il doit au contraire expressément réserver; il ne pourrait en effet les constater et les admettre comme base de sa décision, sans porter atteinte à ce principe posé par l'article 809 C. pr. civ. que les ordonnances de référé ne feront aucun préjudice au principal... (1).

Cette décision nous paraît avoir fait une confusion regrettable : il n'est pas douteux qu'agissant comme magistrat, c'est-à-dire faisant droit entre les parties, le juge des référés ne puisse faire préjudice au principal; mais cette règle est établie uniquement dans l'intérêt des plaideurs; or, il leur est bien permis, à eux, d'y déroger, de faire par conséquent préjudice au principal et il paraît évident que le juge a le pouvoir de constater ce qui a lieu en sa présence.

Ces constatations se font le plus souvent sous forme de *donné acte*, relatant les consentements réciproques des par-

(1) Paris, 6 février 1864. Dall. Alph., *Suppl.*, v° *Référé*, n° 60, note 2.

ties en cause; d'où il suit qu'une telle ordonnance, valable en elle-même, comme conforme aux règles du Code de procédure, peut être dépourvue de toute efficacité si les conventions qu'elle relate sont nulles. Et pour apprécier leur validité, il faut examiner si elles sont conformes aux règles édictées par les articles 1108 et suivants du Code civil relatives aux conditions essentielles pour la validité des conventions (1).

Il ne faut pas chercher dans de telles ordonnances de référé le respect des principes de droit que nous avons examinés plus haut : l'urgence y fera le plus souvent défaut et la règle que les ordonnances ne doivent pas préjudicier au principal y sera presque toujours méconnue (2).

3° EXPULSION DES LOCATAIRES

Le juge des référés serait, il n'est pas douteux, compétent pour ordonner l'expulsion d'une personne habitant une maison par simple tolérance du propriétaire, à la condition toutefois qu'elle n'émît pas la prétention d'habiter la maison en vertu d'un bail verbal.

Ce magistrat serait également compétent pour ordonner l'expulsion d'un locataire qui aurait reçu congé et qui n'élèverait aucun grief contre la validité de ce congé (3). La même solution s'imposerait encore en cas d'urgence, si un locataire s'était engagé, par une convention écrite, envers le locataire postérieur, à vider les lieux dans un délai déterminé, et s'il ne contestait pas la convention (4); car c'est un principe constant, parce qu'il ne va à l'encontre d'aucune des règles déjà établies, que le juge des référés est compétent pour assurer le respect des droits certains et

(1) De Belleyme, *op. cit.*, t. I, p. 419.
(2) Gérard, *op. cit.*, p. 216.
(3) Paris, 8 mars 1870. D. P. 70. 2. 63.
(4) Paris, 2 octobre 1896. D. P. 97. 2. 72.

non contestés. Il y a encore lieu d'ordonner l'expulsion d'un locataire dont le bail verbal a pris fin, bien que ce locataire soulève une difficulté relative à l'expiration du bail, lorsqu'il est constant que *cette contestation n'est pas sérieuse* (1).

Mais il est d'autres hypothèses plus délicates sur lesquelles la doctrine et la jurisprudence sont en désaccord.

Le locataire détourne, par exemple, les lieux loués de leur destination et cause par sa conduite du scandale dans la maison, ou bien il ne paie pas ses loyers, ou encore il ne garnit pas les lieux loués de meubles suffisants.

Il apparaît, tout d'abord, que l'urgence, dans ces hypothèses est certaine; et à ce point de vue la compétence du juge des référés doit être admise.

Mais en ordonnant l'expulsion ne va-t-il par porter préjudice au principal?

La doctrine admet, en général, que l'expulsion peut être ordonnée quand les lieux loués ne sont pas garnis de meubles suffisants; car, dit-on, l'art. 1752 C. civ. est formel (2), mais M. Bazot prétend que cette expulsion ne peut être ordonnée à défaut de paiement des loyers ; parce que si on l'admettait, le pouvoir du juge aurait une extension illimitée. Enfin, M. Gérard estime que le juge des référés ne peut ordonner cette expulsion en cas d'abus de jouissance des lieux loués, parce qu'alors la question soumise au président présente tous les caractères d'une demande principale (3).

Ces distinctions ne nous paraissent pas admissibles et ces trois hypothèses doivent obéir à une même solution. Dans le premier cas, que le principe de l'article 1752 C. civ. soit formel, il importe peu ; car ce que le juge des référés doit apprécier, c'est précisément la question de savoir si les

(1) Cass., 4 juillet 1898. D. P. 99. 1. 165.
(2) Bazot, *op. cit.*, p. 254; — Bertin, pp. 784 et suiv.
(3) Gérard, *op. cit.*, p. 116.

meubles sont de valeur suffisante pour garantir le paiement des loyers; or il n'est pas plus grave de permettre à ce magistrat d'examiner s'il y a abus de jouissance de la part du locataire ou enfin si les loyers sont réellement impayés. Dans tous ces cas, les pouvoirs du juge sont très étendus; mais nous savons qu'ils n'ont pour limite que cette règle : ne pas faire préjudice au principal. Or, dans tous ces cas, le juge des référés est-il en contradiction avec cette règle s'il ordonne l'expulsion?

Oui, a-t-on dit, car ordonner l'expulsion du locataire, c'est, en fait, d'une manière indirecte, prononcer la résiliation du bail. Un arrêt a employé à cet égard une formule énergique en disant : « Il n'appartient pas au juge des référés de résilier le bail, par voie détournée, en ordonnant l'expulsion, car ce serait faire échec au principal (1). »

Nous croyons que cette solution doit être repoussée, car elle procède d'une confusion certaine : expulser un locataire, ce n'est pas résilier son bail. Il aura le droit de démontrer au principal que nulle cause de résiliation n'existe contre lui ; et s'il fait cette démonstration, il devra être réintégré nonosbstant l'ordonnance de référé (2).

La jurisprudence paraît fixée en ce sens dans le cas où le locataire cause dans la maison louée du trouble et du scandale (3) ; elle l'est dans le même sens, quand il s'agit de loyers impayés (4); or, si la jurisprudence admet, — et nous pensons que c'est avec raison, — que, dans certains cas, l'expulsion ne fait pas préjudice au principal, il faut bien admettre qu'il en est de même dans tous les cas et notamment lorsque le locataire néglige de satisfaire à la plus essentielle de ses obligations, le paiement de son loyer.

L'expulsion n'est pas de nature à causer au locataire un

(1) Paris, 13 janvier 1886, D. P. 89. 2. 233.
(2) Bazot, *op. cit.*, p. 253.
(3) Paris, 8 mai 1895, D. P. 1895. 2. 328.
(4) Bordeaux, 26 juillet 1888. D. P. 90. 2. 94.

préjudice irréparable en fait, car, en supposant que les juges du fond reconnaissent que l'expulsion a été ordonnée à tort, ils pourront décider que le locataire indûment expulsé réintégrera les lieux loués, sans préjudice des dommages-intérêts qui pourront lui être dus par son propriétaire.

C'est par application des mêmes principes qu'il a été décidé que le juge des référés doit prononcer l'expulsion d'un locataire, lorsqu'une clause expresse décide qu'à défaut de paiement d'un seul terme de loyer et après un commandement de payer resté sans effet la location sera résiliée de plein droit, et qu'en fait ces conditions sont réalisées (1). Nulle dissidence n'existe sur ce point (2).

Mais, dès qu'une difficulté sérieuse s'élève de la part du preneur sur le droit ou le titre du bailleur relativement à une clause du bail, le juge des référés devient incompétent alors même qu'il est dû plusieurs termes de loyer et que les lieux loués sont insuffisamment garnis, car en interprétant la clause litigieuse, le magistrat préjugerait le fond du procès (3).

SECTION II

Contrat d'Assurances.

Le contrat d'assurances a pris en France une importance considérable et qui s'accroît chaque jour. Tandis en effet qu'en 1844 il n'existait que treize compagnies françaises d'assurances contre l'incendie et que les capitaux assurés s'élevaient à environ vingt cinq milliards et demi, le nombre des compagnies s'élevait, en 1880, à quarante-quatre et le chiffre des capitaux assurés à cent milliards. Ce pro-

(1) Bordeaux, 26 juillet 1888, D. P. 90. 2. 94.
(2) Paris 6 avril, 1889. D. P. 89. 2. 233.
(3) Paris, 28 avril 1874, D. P. 78. 2. 177.

grés est dû à ce que la pratique de l'assurance entre de plus en plus dans nos mœurs, de sorte que les contrats auxquels elle donne lieu peuvent être actuellement rangés au nombre des conventions les plus fréquentes.

EXPERTISE

Lorsque survient un sinistre il y a toujours lieu de procéder à une expertise pour évaluer le dommage; à cet effet, il est stipulé dans les polices d'assurances que ces expertises auront lieu par deux experts choisis par les parties.

Mais *s'il y a urgence* à constater l'état des lieux, à reconstituer, par les débris qui peuvent encore rester, la consistance de l'immeuble, du matériel ou des marchandises qu'il contenait, et si l'assureur est éloigné ou refuse de faire procéder à l'expertise amiable, le juge des référés peut ordonner une expertise judiciaire.

Toutefois, en cette matière comme en toute autre, le juge des référés est soumis à cette règle qu'il ne doit pas préjudicier au principal. La Cour de cassation a fait une application curieuse de ce principe dans l'espèce suivante : Une expertise amiable avait eu lieu en vertu d'une clause de la police ; l'assuré prétendit que cette clause était nulle comme clause compromissoire et que l'expertise était nulle elle-même; il s'adressa au juge des référés pour obtenir une nouvelle expertise, qui fut ordonnée. Mais le juge des référés prit soin *de constater l'urgence*, de rappeler qu'il n'édictait *qu'une mesure provisoire* n'impliquant pas appréciation de la valeur de la première expertise; et que la mesure qu'il prescrivait dans ces conditions avait lieu aux risques et périls du demandeur; enfin il réserva les dépens, Néanmoins, l'arrêt qui confirma cette ordonnance fut déféré à la Cour suprême comme ayant préjugé le fond de la contestation. La Cour de cassation rejeta le pourvoi après

avoir relevé avec soin les circonstances qui faisaient de l'ordonnance une décision essentiellement provisoire (1).

Il résulte par *a contrario* de la doctrine de cet arrêt que le juge des référés serait incompétent pour ordonner une expertise préjugeant le fond du droit; c'est là un point certain que la Cour suprême affirme par diverses formules, soit en disant que le juge des référés est compétent pour nommer un expert « *les droits des parties réservés* (2) », soit en disant qu'il était compétent pour ordonner une expertise urgente qui n'a que le caractère « *d'un acte provisoire* » (3). Aussi, ne saurions-nous admettre avec M. Deblock qu'il n'est pas contesté aujourd'hui que le juge des référés ait le droit d'ordonner une expertise bien que la mission confiée à l'expert « *préjuge le fond* », sous le prétexte que l'expertise ne lie pas le tribunal. C'est là une prétention inexacte à l'appui de laquelle cet auteur cite un arrêt de la Cour suprême (4) auquel il fait dire, par erreur, que les juges du principal peuvent baser leur décision sur les constatations auxquelles il a été procédé en vertu d'une ordonnance de référé, même si cette dernière a été rendue *incompétemment*. L'arrêt précité, loin de *viser une ordonnance de cette nature, vise au contraire une expertise régulièrement prescrite*.

Il est constant qu'une expertise ordonnée par le juge des référés est une mesure d'instruction destinée à servir de base (5) ou d'élément d'appréciation (6) aux juges du fond; c'est donc là une mesure d'instruction *in futurum*. De graves dissidences existent en doctrine et en jurisprudence sur le point de savoir si de telles mesures sont permises.

(1) Cass, 30. octobre 1889. D. P. 90. 1. 342.
(2) Cass., 12 février 1889. D. P. 92. 1. 382.
(3) Cass., 7 novembre 1894. D. P. 95. 1. 8.
(4) Cass, 15 juin 1874. D. P. 76. 1. 167.
(5) Cass., 15 janvier 1874. S. 74. 1. 484.
(6) Cass., 28 août 1877. S. 78. 1. 344.

On conçoit *a priori* deux systèmes : admettre ces mesures ou les prohiber devant toutes les juridictions.

La doctrine décide, en général, qu'il y a lieu de les admettre devant les tribunaux de première instance, parce que, dit M. Garsonnet, rien ne s'y oppose : ni le texte de la loi qui est muet sur la question, ni son esprit qui est favorable aux mesures conservatoires, — l'article 1180 du Code civil admet le créancier conditionnel à les pratiquer avant l'arrivée de la condition et la loi du 3 septembre 1807 (art. 1) permet au créancier à terme de poursuivre la vérification d'écriture avant l'échéance, — ni la défense de prouver par témoins soit au-dessus de 150 francs, soit contre et outre le contenu aux actes, car il est entendu que l'enquête *à futur* n'aura lieu que dans les cas où la preuve testimoniale elle-même est admissible (1).

Et dès lors que ces mesures sont permises au tribunal, dit M. Glasson, il faut nécessairement reconnaître le même droit au juge des référés.

Cette théorie si logique n'a pas été admise par la jurisprudence.

Tout d'abord les arrêts n'admettent pas pour les tribunaux civils le droit d'ordonner de telles mesures pour le motif que « l'expertise est une mesure d'instruction pour éclairer les tribunaux sur la solution d'une demande principale qu'elle suppose nécessairement (2) ».

Par une inconséquence qui ne s'explique pas, la même jurisprudence permet au juge des référés, ainsi que nous l'avons vu, d'ordonner une expertise qui servira aux juges du fond pour établir leur décision ; mais par contre, et sans motif plausible, elle lui défend de procéder à une enquête *à futur*. Ce sont là des contradictions théoriques qui démontrent que

(1) Garsonnet, *op. cit.*, t. II., § 343 et 345 ; — Boitard, Colmet d'Aage et Glasson, *op. cit.*, t. I n° 470 ; — Glasson, note sous Bordeaux, 11 février 1890. D. P. 91. 2. 103.

(2) Cass., 25 octobre 1886. D. P. 87, 1. 164.

la jurisprudence n'obéit à aucun principe en cette matière : de là une incohérence regrettable quelquefois dans une même décision qui permet une expertise *in futurum* sans permettre aux experts de recueillir des renseignements des personnes qui peuvent en fournir (1).

SECTION III

Successions.

Lorsque, dans une succession tous les héritiers acceptent l'hérédité au décès du *de cujus*, il ne saurait être question d'aucune mesure conservatoire à prendre, mais il en est autrement lorsque les parties n'acceptent pas la succession. Qui va alors administrer les biens de la succession pendant la période de trois mois et quarante jours accordée aux héritiers pour faire inventaire et délibérer ? Qui va pourvoir aux intérêts urgents? Il y a lieu, dans ce cas, à la nomination d'un *administrateur provisoire.*

1° ADMINISTRATEUR PROVISOIRE

Le plus souvent, on présente requête au tribunal en chambre du conseil et l'administrateur provisoire est nommé par un jugement.

Toutefois, lorsqu'il y a urgence et que le tribunal ne peut pas être immédiatement saisi, cet administrateur provisoire peut être nommé par le juge des référés (2).

Mais s'il est nécessaire que l'urgence existe pour justifier la compétence du juge des référés, il faut de plus que ce magistrat ne porte pas préjudice au principal. C'est ce qu'a

(1) Bordeaux, 11 février 1890. D. P. 91. 1. 103.
(2) Paris, 9 février 1892. D. P. 92. 2. 229.

décidé, avec raison, la Cour de Riom dans les termes suivants : « Considérant qu'en venant demander la nomination d'un séquestre aux lieu et place du sieur Deplagne institué, avec saisine des biens, exécuteur testamentaire de feu François Lucas, les héritiers de celui-ci ont soumis à la juridiction exceptionnelle du juge des référés un litige où s'agitait le fond de droit et dont la juridiction ordinaire pouvait seule être saisie... » (1).

Il ne faut donc pas que le fait même de la nomination du séquestre ou de l'administrateur préjuge le fond du droit (2); mais en outre il ne faut pas que la mission confiée à cet administrateur comporte des pouvoirs qui pourraient faire préjudice au principal.

Un arrêt de la Cour de Douai, en posant ce principe, semble ne pas l'avoir respecté dans l'application (3).

L'annotateur de cet arrêt, dans Dalloz, après avoir contesté l'urgence qu'il y avait, en cette espèce, à nommer un administrateur provisoire, ajoute : « Il aura à recevoir et débattre tous comptes..., à exercer toutes poursuites,... à consentir tous ordres amiables..., c'est-à-dire à statuer définitivement sur les intérêts de la succession dans les cas les plus nombreux et les plus graves ; la nécessité d'une transaction ne l'arrêtera pas ; il engagera au besoin la succession dans des procès importants... Ce que l'administrateur provisoire aura fait dans ces diverses circonstances sera-t-il définitif ? Evidemment, ses actes auront ce caractère tant qu'il n'aura pas été remplacé. Comment ne pas admettre dès lors que les mesures assez élastiques abandonnées à sa discrétion n'auront pas simplement un caractère provisoire, mais pourront exercer une influence définitive et grave sur les intérêts de la succession ? »

(1) Riom, 12 novembre 1883. D. P. 85. 2. 64.
(2) Paris, 12 janvier 1897. D. P. 97. 2. 247; — Cass., 10 mai 1898. D. P. 98. 1. 388.
(3) Douai, 3 décembre 1867. D. P. 67. 2. 241.

Cette critique de l'arrêt de la Cour de Douai nous paraît fondée : la mission de *débattre un compte*, notamment, implique pour l'administrateur le droit de l'accepter ; or cette acceptation, qui sera inattaquable, engagera le fond du droit. L'administrateur sera provisoire, mais ses actes, qui ne seront pas seulement des actes d'administration, seront définitifs; le juge des référés, à notre avis, excède ses pouvoirs en confiant une telle mission à un administrateur provisoire.

C'est ce qu'a pensé la Cour de Chambéry statuant en matière de référé : elle a, dans un arrêt récent, décidé que s'il y avait lieu de nommer un séquestre des revenus d'hôtel indivis entre le mari et la femme plaidant ensemble, il y avait lieu de limiter sa mission à des actes essentiellement provisoires. Elle a confirmé l'ordonnance nommant le séquestre, en ajoutant, pour bien montrer que cette mesure ne devait pas préjuger le fond du droit, « que les pouvoirs du séquestre doivent être ceux d'un comptable qui pourvoit aux dépenses et encaisse les recettes (1) ».

La Cour de Lyon semble également avoir fait une exacte application des principes, en cette matière, en décidant que le juge des référés est incompétent pour dépouiller l'héritier bénéficiaire de son droit d'administration, à défaut par lui de fournir bonne et solvable caution et le remplacer dans cette administration par un séquestre, la loi obligeant seulement l'héritier bénéficiaire qui ne peut fournir caution à vendre les meubles et disposer de leur prix. La Cour donne précisément comme motif de réformation « que cette ordonnance a statué au fond, en substituant une peine plus grave à celle infligée par le deuxième paragraphe de l'article 807 C. civil (2).... »

(1) Chambéry, 27 juillet 1898. D. P. 99. 2. 352.
(2) Lyon, 26 janvier 1871. D. P. 71, 2, 45.

2° INVENTAIRE

L'inventaire, en matière de succession, peut être requis par toutes parties intéressées ; il n'existe alors aucune difficulté ; mais il peut arriver que certaines personnes s'opposent à ce qu'il y soit procédé : — c'est, par exemple, l'héritier qui conteste la validité d'un testament contenant un legs universel, ou c'est au contraire un légataire universel qui prétend que le testament le rend seul propriétaire de l'hérédité : dans les deux hypothèses, l'un et l'autre s'opposent à la confection de l'inventaire. Le juge des référés pourra-t-il ordonner qu'il y sera procédé ?

L'affirmative ne paraît pas douteuse. Comme l'a dit la Cour d'Alger : « un inventaire est un acte essentiellement conservatoire qui ne saurait nuire aux droits des parties au principal, ni rien préjuger sur leur responsabilité (1) ; » la Cour de Bordeaux avait déjà exprimé la même idée en ces termes : « Attendu que l'inventaire des objets mobiliers d'une succession est une mesure purement conservatoire qui ne touche point au fond des contestations que peut soulever l'hérédité ; qu'il a de plus un caractère d'urgence et qu'à ce titre le juge des référés était compétent pour l'ordonner (2). »

C'est par application des mêmes principes que la Cour de Rennes a décidé « que les héritiers présomptifs sont fondés à demander au juge des référés de faire procéder à un inventaire au domicile d'une personne chez laquelle le *de cujus* habitait au moment de sa mort, et chez laquelle il est établi qu'il possédait des objets mobiliers, titres et valeurs (3) ».

(1) Alger, 9 juin 1877. Dall. Alph., *Supp.*, v° *Référé*, n° 50.
(3) Bordeaux, 25 juin 1867, D. P. 67. 5. 360.
(3) Rennes, 5 mai 8891. *Le Droit* du 14 juin 1891.

SECTION IV

Saisie-Arrêt.

La saisie-arrêt qui apparaît, jusqu'au jugement de validité comme une mesure purement conservatoire, présente cependant, en fait, pour le débiteur saisi, les inconvénients les plus graves, soit qu'elle ait été pratiquée pour une créance qui n'existe pas, soit que cette saisie immobilise pour une créance minime, des sommes ou valeurs considérables.

Dans les deux cas, une solution urgente s'impose et le recours au juge des référés serait tout indiqué; mais il souffre des difficultés considérables, car il y a lieu de le combiner avec le principe que les ordonnances de référé ne doivent pas faire préjudice au principal.

Trois hypothèses doivent être examinées :

1° La saisie-arrêt a été formée en vertu d'un titre;

2° Elle a été faite sans titre ni ordonnance du juge;

3° Elle a été pratiquée en vertu d'une ordonnance du juge.

Première hypothèse. — Si la saisie-arrêt a été formée en vertu d'un titre, le juge des référés est-il compétent pour permettre le paiement des sommes saisies-arrêtées?

Les dissidences les plus graves existent sur cette question.

M. Bertin estime que « lorsque le tribunal est mis en demeure de statuer à l'occasion d'une saisie, le demandeur ne se borne pas à conclure à la validité de la saisie ; il soutient qu'il est créancier ; cette question résolue affirmativement ou négativement a pour conséquence la solution de la question accessoire de savoir si la saisie doit ou non être déclarée valable (1) ». D'où cet auteur conclut que le juge

(1) Bertin, *op. cit.*, n° 153.

des référés peut donner mainlevée de la saisie sans porter préjudice au principal.

Cette opinion procède d'une erreur : il est, en effet, inexact de prétendre que la question de savoir si la saisie est valable est *accessoire* à celle de savoir si le saisissant est créancier. Elles sont au contraire indépendantes l'une de l'autre, à tel point que le saisissant peut être créancier en vertu d'un titre régulier et que sa saisie peut être annulée pour un vice de forme.

M. Bazot paraît soutenir la même thèse, mais il y apporte un tempérament qui la rend plus acceptable. Il s'exprime en ces termes : « Je veux revenir sur la question de savoir si le juge des référés est compétent pour permettre, dans certains cas d'urgence, au débiteur saisi de toucher provisoirement partie des sommes saisies-arrêtées ; afin de mieux marquer la nuance, je ne dirai pas : *le juge des référés peut-il donner mainlevée de la saisie-arrêt*, ce qui paraîtrait impliquer une décision définitive ; je me demande seulement si ce magistrat a qualité pour autoriser provisoirement le débiteur saisi à toucher, provisoirement, tout ou partie des sommes saisies... Malgré l'opinion contraire qui a généralement cours, je persiste à penser avec M. Bertin que, dans certaines circonstances, ce droit appartient au juge des référés. » Et cet auteur a le soin d'ajouter : « Il ne faut pas que l'esprit s'égare dans de vaines suppositions et qu'il s'effraie d'une omnipotence que personne ne songe à conférer au juge des référés. Précisons donc une fois de plus les circonstances dans lesquelles nous lui reconnaissons la faculté de donner mainlevée de la saisie-arrêt... La saisie-arrêt a été pratiquée en vertu d'un titre authentique ou privé, mais l'acte sur lequel elle repose ne contient aucune obligation de la part de celui auquel il est opposé ; ou bien il ne constate qu'une obligation à terme ou conditionnelle. L'acte est entaché d'une nullité évidente, indiscutable ; il n'est pas signé, etc... Enfin le débiteur justifie d'une ma-

nière irrécusable de son entière libération. Voilà les hypothèses dans lesquelles je me place et non d'autres (1). »

Entendue en ce sens, la théorie de M. Bazot, qui ne présente pas, en droit, une base très solide, peut présenter en fait, et sous le contrôle d'un magistrat éclairé, de précieux avantages.

Néanmoins, elle a paru insuffisante à M. Gérard (2), qui a cherché un système plus juridique, mais dont les conséquences, dans l'application, se rapprocheront singulièrement de celles auxquelles conduit la théorie de M. Bazot.

M. Gérard, après avoir rappelé, d'après Aubry et Rau, la théorie des actes nuls et inexistants (3), estime que le juge des référés pourra autoriser à passer outre et à payer chaque fois que la saisie-arrêt devra être réputée inexistante.

L'application de cette savante théorie aux référés, qui nous paraît avoir été faite pour la première fois dans une note insérée au Dalloz sous un arrêt de la Cour de Paris (4), ne nous semble pas résoudre la question; elle en recule simplement la solution.

Le juge des référés aura, en effet, pour appliquer cette théorie, à trancher une question des plus délicates : tel acte est-il nul ou inexistant? Or, la solution de cette question touche précisément le fond du droit et fait au premier chef préjudice au principal.

Prenons, à titre d'exemple, une donation entre vifs qui n'a pas été reçue par un notaire. M. Gérard dit : une telle donation n'existe pas, parce que c'est là un acte solennel qui doit, à peine d'inexistence, être reçu par un notaire.

(1) Bazot, *op. cit.*, pp. 357 et suiv.

(2) Gérard, *op. cit.*, pp. 125 et suiv.

(3) Aubry et Rau, 4e édit., t. I, p. 118, s'expriment encs termes: « Il ne faut pas confondre avec les actes nuls les actes inexistants ou non avenus On ne pourrait concevoir de convention sans le concours du consentement des deux parties, ni de vente sans chose vendue et sans prix... L'inefficacité de pareils actes est indépendante de toute déclaration judiciaire... Il appartient à tout juge de la reconnaître, même d'office. »

(4) Paris, 28 novembre 1876, D. P. 78. 2. 241.

Cela est exact ; mais supposons qu'il s'agisse d'un acte qui contienne une libéralité ; consentie à titre onéreux, une jurisprudence constante valide de tels actes (1).

Mais il arrive fréquemment qu'il y ait discussion sur le caractère onéreux de la modalité qui affecte la donation (2) : or, cette donation sera inexistante si ce caractère onéreux n'est pas reconnu valable dans le cas contraire. A notre avis, trancher cette question, c'est porter atteinte à la règle que le juge des référés ne peut pas faire préjudice au principal.

Aussi inclinerions-nous à penser que la question qui nous occupe n'est susceptible, en droit, que d'une solution rigoureusement exacte, savoir, celle qui refuse au juge des référés tout pouvoir de permettre le paiement des sommes saisies-arrêtées. La jurisprudence est en ce sens (3).

Mais nous reconnaissons qu'en fait elle aboutit à des conséquences très rigoureuses; aussi comprenons-nous, sans l'approuver, la doctrine de plusieurs arrêts nettement formulée en sens contraire (4).

Deuxième hypothèse. — Lorsqu'une défense de payer a été pratiquée sans titre ni permission du juge, quelle solution doit-on admettre?

La jurisprudence est unanime à répondre que le juge des référés peut dans ce cas en prononcer la mainlevée (5).

M. Bertin, partisan convaincu de la compétence du juge des référés pour donner mainlevée d'une saisie-arrêt en présence d'une nullité évidente, fait remarquer qu'il y a une grave inconséquence à décider, d'une part, que le juge des référés est compétent alors que la saisie a été formée sans titre ni permission du juge, et, d'autre part, qu'il est incompétent, lorsque la saisie-arrêt procède d'un titre ou d'une permission du juge. « Nous avons fait remarquer, dit-il,

(1) Cass., 18 novembre 1860. D. P. 61.1.465.
(2) Alger, 9 mars 1899. *La Loi* du 7 octobre 1899.
(3) Cass., 24 février 1892. D. P. 93.1.12.
(4) Paris, 25 août 1892 ; D. P. 92.2.420.
(5) Paris, 16 février 1893, D. P. 94.2.247, et 22 juillet 1895. S. 97.2.237.

que, dans de nombreuses circonstances, la nullité de la saisie n'était pas moins évidente, et que la compétence reconnue au juge des référés dans un cas spécial devait nécessairement être étendue au cas où il était certain, incontestable, que la saisie avait été pratiquée en dehors des conditions déterminées par la loi (1). »

Cette objection n'est pas sans valeur ; il est certain qu'il y a quelque contradiction à permettre à un juge de donner mainlevée d'une saisie-arrêt évidemment nulle parce qu'elle manque de base légale, —titre ou ordonnance du juge, — et à lui refuser ce pouvoir, lorsque cette saisie est évidemment nulle encore parce qu'une de ses formalités essentielles, la dénonciation par exemple, n'a pas été observée (art. 565 C. pr. civ.).

Toutefois, le système de la jurisprudence échappe peut-être à ce reproche.

En effet, si le juge des référés est incompétent pour statuer sur la mainlevée d'une saisie-arrêt formée en vertu d'un titre ou d'une ordonnance, c'est par application de la règle qu'il ne peut pas faire préjudice au principal. Dès qu'il y a une saisie-arrêt, susceptible de ce nom, il y a en effet un principal, qui peut être porté, à tort ou à raison, devant le tribunal.

Mais, lorsqu'au contraire, il n'y a pas même l'apparence initiale d'une saisie-arrêt, — ce qui a pu faire dire par certains arrêts qu'elle était inexistante (2), — lorsque, en fait, on la qualifie de *simple opposition* ou *défense*, comment admettre qu'il puisse y avoir un principal?

A la vérité, il n'y en a pas; et le juge des référés, en décidant qu'il sera passé outre à un tel acte, ne peut porter préjudice à un principal qui est inconcevable, en droit, et qui ne sera jamais, en fait, porté devant un tribunal.

C'est ce que la Cour de Lyon a parfaitement établi en

(1) Bertin, *op. cit.*, nos 843 et suiv.
(2) Paris, 22 décembre 1876. D. P. 78.2.246.

statuant comme suit sur un acte de cette nature : « Considérant qu'il est constant que cet acte n'a point été fait *pour ouvrir une procédure de saisie-arrêt*, telle qu'elle est instituée par les articles 557 et suiv. C. pr. civ.; qu'en effet l'opposant a procédé sans titre authentique ou privé et sans permission du juge, qu'il n'a point énoncé de somme pour laquelle fut faite la saisie, et qu'il n'a pas fait suivre son exploit ni d'une dénonciation au saisi ni d'une assignation en validité...; considérant que notre droit civil ne reconnaît pas une pareille manière de procéder (1)... »

Troisième hypothèse. — Il nous reste à examiner le cas d'une saisie-arrêt pratiquée en vertu d'une ordonnance du juge.

Cette ordonnance peut permettre la saisie-arrêt purement et simplement. La solution que nous avons donnée au cas où la saisie est pratiquée en vertu d'un titre s'applique de tous points.

Mais il arrive souvent, dans la pratique, que la saisie-arrêt n'est autorisée par le juge que *sous la réserve qu'il lui en sera référé en cas de difficultés.*

Plusieurs questions se posent alors :

1° Cette réserve est-elle valable?

2° Le Président, en vertu de cette réserve, peut-il rétracter en référé l'autorisation de saisir ? En cas d'affirmative, jusqu'à quel moment a-t-il ce pouvoir?

a) « Le président, dit M. de Belleyme, doit, en permettant de former opposition, réserver à la partie saisie le droit d'en référer en cas de difficultés. Cette réserve est le remède nécessaire aux abus des oppositions, afin de pouvoir vérifier par les explications contradictoires des parties si elle est fondée. Le Code de procédure qui a voulu prévenir les anciens abus n'a pu refuser tacitement le moyen le plus

(1) Lyon, 18 mars 1884. Dall. Alph., *Supp.*, v° *Référé*, n° 35, note 1.

efficace de les supprimer... (1) » Ces lignes disent suffisamment que la réserve d'en référer n'était à l'époque de M. de Belleyme, écrite nulle part; elle fut une innovation de ce magistrat pour parer à des difficultés très sérieuses.

Elle ne fut pas admise sans protestation dans la jurisprudence.

L'article 558 du Code de procédure, disait-on, confère uniquement au président le droit d'accorder ou de refuser la permission de saisie-arrêt; c'est en vain qu'on prétendrait que, s'il peut donner une permission, il peut la subordonner à une condition ; d'autre part, il n'est pas admissible que lorsque le tribunal est saisi, le président puisse le dessaisir en statuant à sa place ; enfin la permission du président remplace le titre et doit valoir comme le titre (2).

Cette théorie ne paraît pas exacte, et il est facile de répondre aux objections qu'elle soulève contre la validité de la clause qui nous occupe.

Lorsque le président accorde la permission de saisir-arrêter, en vertu de l'article 558 C. pr. civ., il accomplit un acte de juridiction gracieuse; le texte de la loi, en disant qu'il *pourra* l'accorder, lui donne un pouvoir discrétionnaire à cet égard. L'exercice de ce pouvoir ne va pas sans difficulté : le président apprécie provisoirement la prétention du saisissant; mais cette appréciation ne peut pas toujours être complète et sans réserve : on admet en général que le président peut refuser l'autorisation de saisir sans motiver son refus; comment ne pas admettre *a fortiori* qu'il puisse réserver qu'il lui en sera référé en cas de difficultés.

Le pouvoir de n'accorder l'autorisation que restrictivement ou conditionnellement n'est-il pas renfermée virtuellement dans le pouvoir de donner l'autorisation de saisir-arrêter ?

D'autre part, est-il exact de prétendre que le président

(1) De Belleyme, *op. cit.*, t. I, p. 142.
(2) Lyon, 25 avril 1856. D. P. 56. 2.466 ; — Bazot, *op cit.*, pp. 137 et suiv.

en rétractant son ordonnance, dessaisit le tribunal et statue lui-même sur la validité de la saisie? Nous ne le pensons pas : il est inexact, en effet, de soutenir que le président, en ce cas, dessaisisse le tribunal de la demande en validité pour y statuer lui-même; son rôle se borne à accorder ou refuser la permission de saisir, et c'est là son droit incontestable. Il aurait pu refuser la permission de saisir-arrêter et, en ce cas, le tribunal n'aurait jamais été saisi ; mais cette permission ayant été accordée le tribunal se trouve juge de la saisie telle qu'elle a été faite par la permission du président, c'est-à-dire avec le caractère de révocabilité qu'elle lui a imprimé. Au surplus, un acte légalement accompli par le président dans la plénitude de son pouvoir ne saurait devenir illégal parce qu'il peut avoir pour conséquence de réagir sur une action pendante devant une autre juridiction.

On ajoute, en troisième lieu, que l'autorisation de saisir-arrêter donnée par le juge remplace le titre et doit valoir comme lui. Il y a là une confusion : le titre établit un droit certain; l'autorisation de l'article 558, au contraire, repose sur un fait hypothétique, quelque vraisemblable qu'il ait dû paraître au juge. Elle ne remplace pas le titre; elle le supplée *provisoirement*. La vérité est que l'autorisation de saisir-arrêter donnée par le juge peut être dispensée restrictivement selon le degré de certitude de la réclamation du saisissant, sans rien préjuger sur le caractère du titre ou plutôt du droit que le tribunal saisi de la demande aura à apprécier (1).

La réserve d'en référer apparaît donc comme certainement valable, car elle n'est mise en échec par aucun principe d'ordre supérieur; elle est permise par cela seul qu'aucune loi ne l'interdit (2).

(1) Lyon, 6 mai 1861. S. 61. 2. 487. — Note de M. Cazalens, sous Paris, 2 mai 1873. D. P. 75. 2. 73.

(2) Paris, 5 janvier 1889. D. P. 91. 2. 49.

D'ailleurs, elle avait été puisée par M. de Belleyme dans une procédure qui n'est pas sans présenter une grande analogie avec celle de la saisie-arrêt : en matière de saisie-revendication, l'article 829 du C. pr. civ. veut qu'il puisse *en être référé* au juge pour les difficultés d'exécution.

Enfin, aujourd'hui, la légalité de cette réserve ne saurait plus être contestée : la loi du 18 avril 1886, modifiant la législation en matière de procédure de divorce, décide en termes formels, dans son article premier, « que l'un ou l'autre des époux peut, dès la première ordonnance, et sur l'autorisation du juge, *donnée à la charge d'en référer*, prendre pour la garantie de ses droits des mesures conservatoires... » (art. 242 C. civ.) (1).

b) La validité de la réserve d'en référer étant reconnue, quels en sont les effets?

Si le référé est porté devant le président avant que l'assignation en validité ait été lancée, tout le monde s'accorde à dire que ce magistrat peut rétracter la première ordonnance permettant la saisie-arrêt, s'il acquiert la certitude que le saisissant n'est pas créancier ou que sa créance ne réunit pas les conditions légales pour servir de base à une saisie-arrêt.

La question devient au contraire très délicate si l'assignation en validité a été délivrée : deux systèmes sont alors en présence.

Premier système. — Le juge des référés ne peut rapporter l'ordonnance par laquelle il a permis la saisie-arrêt; en effet s'il agissait autrement, il ferait disparaître la matière de la saisie-arrêt et rendrait inutile et sans portée la décision sur le fond; il entraînerait ainsi forcément préjudice au principal dont le tribunal est saisi par l'assignation en validité. C'est la théorie consacrée par la Cour suprême dans une série d'arrêts (2), admise par de nombreuses Cours d'ap-

(1) Paris, 22 janvier 1892. D. P. 92. 2. 419.
(2) Cass., 5 mars 1895. D. P. 95. 1. 120.

pel (1) et à laquelle se rallie M. Glasson dans diverses notes insérées dans le Recueil périodique de Dalloz.

Deuxième système. — Le juge des référés est compétent pour rapporter l'ordonnance par laquelle il a permis la saisie-arrêt, alors même que l'assignation en validité a été délivrée. On fait remarquer, avec raison, que ce système se justifie en droit, et qu'en fait il conduit à des résultats excellents.

En droit, en effet, dès lors que la réserve d'en référer est reconnue valable, il faut en définir le caractère juridique.

Or, il serait difficile de ne pas lui reconnaître la nature d'une condition résolutoire qui affecte la saisie-arrêt; c'est-à-dire que, dans la pensée du juge, la saisie-arrêt est permise sous la condition expresse qu'un référé ne vienne pas démontrer l'inexactitude des prétentions du saisissant, mais si cette condition se réalise, la saisie-arrêt qui n'avait pour base qu'une permission conditionnelle doit tomber. La Cour de Paris a résumé cette théorie en termes remarquables.

« Considérant, dit-elle, que la nécessité de se réserver le droit de réviser, en référé, son ordonnance d'autorisation, s'impose à la sagesse et à la prudence du juge auquel les requêtes sont présentées; que ces réserves, expressément formulées par le juge agissant dans la plénitude de son droit de réviser son ordonnance après avoir entendu des explications de celui qu'on lui a représenté comme débiteur, impriment à son autorisation un caractère essentiellement provisoire et conditionnel; que si, par suite, la demande en validité a été intentée avant que le juge du référé ait pu exercer son droit de révision, le Tribunal n'aura été saisi de cette demande que provisoirement et conditionnellement; d'où la conséquence que, si l'ordonnance d'autorisation est rapportée, la condition résolutoire étant réalisée, le dessai-

(1) Paris, 13 juillet 1897. 5e ch. D. P. 97. 2. 464.

sissement de ce tribunal s'opère de plein droit et rétroactivement, non par l'effet direct de la décision du juge, mais par l'effet même de la loi (1). »

Ainsi le dessaisissement s'opère *de plein droit* et *rétroactivement*, par l'effet même des principes qui régissent la condition résolutoire, et c'est en cela que le juge des référés ne fait pas préjudice au principal : le principal était affecté d'une condition résolutoire qui s'accomplit et par là même le met à néant (2).

Ce système, si solide en droit, conduit seul, en fait, à des résultats admissibles. Si on admettait, avec la théorie de la Cour de cassation, que l'assignation en validité enlève au juge des référés le pouvoir de rétracter sa première ordonnance, il faudrait dire qu'il n'aura presque jamais ce pouvoir, puisque le saisi qui n'apprend, en général, la mesure de rigueur dont il est l'objet que par l'assignation en validité, ne pourra saisir le juge que postérieurement à cette assignation ; or, répond la Cour de cassation, il est trop tard, le juge des référés est désormais incompétent.

En présence de cette jurisprudence et pour échapper à ses conséquences fâcheuses, quelques magistrats ont imaginé de rendre une ordonnance avec réserve d'en référer et ordre de la signifier dans un délai très court pendant lequel l'assignation en validité ne pourra être délivrée.

C'est là une pratique ingénieuse, sans doute, mais sans base légale (3).

Si on admet, au contraire, le système que nous soutenons, il sera inutile de recourir à cette illégalité ; mais une nouvelle difficulté se produit alors sur le point de savoir jusqu'à quel moment le juge des référés reste compétent. Est-ce jusqu'à la constitution d'avoué par le saisi ? ou jusqu'à l'échange

(1) Paris, 18 juillet 1889, 1re ch. D. P. 91. 2. 50.
(2) Paris, 6 mai 1897, 1re ch. D. P. 98. 2. 262. En ce sens : Garsonnet, t. III, p. 698.
(3) Paris, 3 octobre 1891. D. P. 92. 2. 167 ; — Garsonnet, t. III, p. 698, note 54.

des conclusions qui doivent lier le débat ? ou jusqu'après le jugement de validité, alors que ce jugement est frappé d'appel ?

Cette dernière solution, consacrée d'abord par la Cour de Paris (1), a été depuis abandonnée, et à bon droit, pensons-nous (2).

Il n'est pas douteux que la réserve d'en référer ait été introduite uniquement dans l'intérêt du saisi, pour lui permettre de discuter immédiatement avec le saisissant.

S'il constitue avoué, s'il échange des conclusions, ou s'il attend le jugement de validité, n'est-il pas exact de dire qu'il a tacitement renoncé à user de la réserve que la prudence du juge avait insérée en sa faveur dans l'ordonnance? Même s'il n'a pas constitué avoué, mais s'il a attendu, avant de saisir le juge des référés, un temps assez long d'où on puisse induire une renonciation à ce recours, nous serions encore d'avis de lui en refuser l'usage.

Au surplus, il est un motif déterminant de cette solution qu'aucun auteur ne semble avoir signalé : la compétence de juge des référés se détermine par l'urgence; or, pourrait-on dire qu'il y a urgence, si le saisi, au lieu de porter immédiatement la difficulté devant le juge des référés, avait suivi le saisissant devant le Tribunal ? Évidemment non ; et c'est pour cette raison que le juge des référés devient incompétent dès que le saisi aura constitué avoué (3), ou sera resté dans l'inaction pendant un temps suffisamment long pour qu'il ne puisse pas soutenir qu'il y a urgence pour lui à user de la réserve du référé.

Il nous reste à examiner, touchant la saisie-arrêt, une question qui divise les auteurs et la jurisprudence : nous avons admis que le juge des référés est incompétent pour donner mainlevée d'une saisie-arrêt pratiquée en vertu d'un

(1) Paris, 24 juillet 1858. D. P.58. 2. 144.
(2) Paris, 6 mars 1896. D. P. 98. 2. 241.
(3) Paris, 6 août 1866. D, P. 67. 2. 66.

titre ou d'une ordonnance du juge ; il s'agit de rechercher maintenant s'il peut donner une mainlevée de la saisie-arrêt moyennant l'*affectation spéciale*, au profit du saisissant d'une certaine somme laissée aux mains du tiers saisi ou consignée aux mains d'un tiers.

La solution de cette question présente un très grand intérêt pratique : une saisie-arrêt est faite pour une somme de beaucoup supérieure au montant de la créance due, mais le tiers saisi ne peut néanmoins faire de paiement au débiteur saisi, qui peut avoir besoin de son argent pour vivre, pour soutenir son commerce ; son crédit peut être ruiné s'il ne peut toucher, en raison d'une saisie-arrêt, peut-être mal fondée, des sommes importantes qui lui sont dues.

Pour parer à de semblables difficultés, le saisi s'est adressé au juge des référés et celui-ci a imaginé pour le protéger, sans toutefois compromettre les droits du saisissant ni ceux du tiers saisi, d'affecter spécialement au créancier saisissant, pour le cas où sa créance viendrait à être reconnue, une somme égale au montant des causes de la saisie, et qui devait être, soit retenue par le tiers saisi, soit déposée aux mains d'un tiers, moyennant quoi le saisi était autorisé à toucher le surplus de sa créance.

Ce n'est pas seulement au juge des référés que le saisi demande cette mesure de faveur : les tribunaux eux-mêmes, au cours d'instances en validité de saisies-arrêts, ont rendu des décisions de ce genre.

Aussi, la question de savoir si le juge des référés peut donner mainlevée de la saisie-arrêt sous la condition d'une affectation spéciale suppose résolue affirmativement cette autre question : *l'affectation spéciale est-elle possible en droit ?*

A cet égard une distinction s'impose.

Nul doute que le saisi et le saisissant puissent, en dehors de l'intervention du juge, convenir d'une cession, au profit

du saisissant, d'une partie de la somme due par le tiers saisi, cession subordonnée à cette condition que la créance du saisissant sera reconnue par le tribunal; les sommes à toucher par le cessionnaire viendront en déduction de sa propre créance contre le cédant; comme conséquence de cette cession le saisissant donnera mainlevée de la la saisie-arrêt et le saisi pourra toucher le surplus de la somme à lui due; nul doute encore que le saisi puisse donner en gage au saisissant, pour sûreté de la créance, si elle vient à être reconnue en justice, une partie de sa créance contre le tiers saisi. Malgré l'avis contraire de M. Gérard (1), ces conventions nous semblent licites et on serait fort embarrassé pour indiquer un texte ou un principe de droit qui les prohibe. Le saisissant, qu'il soit cessionnaire ou gagiste, n'a pas à craindre le concours d'opposants postérieurs: la réalisation de la condition l'investit rétroactivement, en raison des conventions intervenues, de la somme sur laquelle porte la cession ou la constitution de gage.

Or, si ces conventions interviennent en présence du juge des référés, rien ne s'oppose à ce qu'il en donne acte aux parties; car, en ce cas, il ne crée pas l'affectation spéciale, il la constate.

Au contraire, s'il n'y a pas accord des parties, il paraît impossible de permettre au juge des référés ou au tribunal de restreindre les effets de la saisie-arrêt au moyen de l'affectation spéciale. C'est qu'en effet une pareille affectation aboutit à créer un droit de préférence illégal et viole certainement le principe de l'égalité entre les créanciers. Aucune disposition de la loi ne permet au juge d'affecter spécialement un bien du débiteur à la sûreté d'une créance particulière. Permettre aux juges l'affectation spéciale, c'est permettre dans notre droit un privilège judiciaire; c'est-à-dire un non-sens en droit, puisque le privilège est

(1) Gérard, *op. cit.*, pp. 219 et suiv.

un droit attaché à la qualité de la créance (art. 2095 C. civ.),

Les décisions judiciaires qui ont admis le droit d'affectation spéciale de la part du juge ne s'appuient pas sur des motifs juridiques sérieux : un arrêt de la Cour de Poitiers (1) dit notamment que l'affectation spéciale équivaut au profit du saisissant à une véritable délégation. Cela ne peut être exact; car la véritable délégation est une convention; or les juges n'ont pas mission d'imposer une délégation à des personnes qui ne veulent pas l'accepter.

Le même arrêt s'appuie sur ce que tous les droits et intérêts sont sauvegardés par cette mesure. Or c'est au point de vue des droits du saisissant une affirmation peu exacte. Le saisissant a le droit de maintenir sa saisie tant que la créance n'est pas payée; et il est arbitraire d'en donner mainlevée malgré son refus; d'un autre côté, des saisissants postérieurs pourront se plaindre qu'on ait créé un droit de préférence non admis par la loi.

En l'absence de l'accord des parties, il n'est pas douteux que les fonds consignés en vertu d'une décision de justice sont toujours, en droit strict, la propriété du saisi, et peuvent être frappés par de nouvelles saisies-arrêts; la décision qui les affecte au profit du seul saisissant crée un privilège; il résulte d'un arrêt de la Cour suprême que les autres créanciers peuvent la méconnaître comme rendue en dehors d'eux (2); et si on leur en fait subir les effets, c'est illégalement et contrairement aux principes certains sur l'égalité des créanciers et les caractères de la saisie-arrêt. La doctrine la plus récente est en ce sens (3).

La théorie à laquelle nous nous rallions repousse donc le principe même de l'affectation spéciale en tant qu'elle n'est pas consentie par toutes les parties intéressées.

(1) Poitiers, 4 août 1887. D. P. 88. 2. 239.
(2) Cass., 16 novembre 1874. S. 75. 1. 65.
(3) Colmet de Santerre, *Cours de Code civ.*, t. V, nos 181 *bis* X et suiv.; —Garsonnet, *op. cit.*, t. III., p. 804.

Mais, même si on admet qu'elle puisse trouver place dans notre droit, appartient-il au juge des référés d'en faire l'application ? En en faisant l'application ne va-t-il pas porter préjudice au principal ? La solution de cette question nous est déja connue : nous avons admis que le juge des référés est incompétent pour donner mainlevée totale ou partielle d'une saisie-arrêt ; or dans l'hypothèse qui nous occupe, ce qu'on demande au juge des référés c'est une mainlevée de la saisie-arrêt sous une certaine condition ; en raison des principes déjà exposés, nous concluons qu'il est incompétent pour statuer sur une pareille demande. C'est également la solution consacrée par deux arrêts récents de la Cour de Paris (1).

(1) Paris, 13 août et 6 novembre 1895. S. 98. 2. 73.

CHAPITRE IV

Règle extensive

Le juge des référés est compétent pour connaître des difficultés relatives à l'exécution des titres exécutoires.

L'article 806 du Code de procédure, base de la compétence du juge des référés, indique deux séries d'hypothèses où s'exerce cette compétence : 1° dans tous les cas d'urgence ; 2° lorsqu'il s'agit de statuer provisoirement sur les difficultés relatives à l'exécution des titres exécutoires.

Une première difficulté est née de la rédaction de ce texte : le juge des référés est-il compétent, en matière d'exécution, qu'il y ait ou non urgence? ou ne l'est-il, au contraire, que si l'urgence existe?

Deux opinions se sont fait jour sur cette question.

Dans un premier système, on reconnaît que l'article 806 C. pr. civ. semble admettre deux causes distinctes de référé; mais on dit que la juridiction des référés n'a de raison d'être qu'autant qu'elle est appelée à régler provisoirement des difficultés qui ne sauraient attendre une solution éloignée sans qu'il en résultât de graves inconvénients pour les justiciables; qu'en outre, soumettre provisoirement au juge des référés des difficultés d'exécution, hors les cas d'urgence, c'est exposer des à frais frustratoires, puisque la loi a déterminé, dans l'article 554 du Code de procédure, quels sont les juges compétents pour connaître,

au fond, de l'exécution des actes ou jugements; d'où on conclut que, même en matière d'exécution, l'urgence est une condition indispensable de la compétence du juge des rérés.

Cette opinion, soutenue par de nombreux auteurs (1), a été consacrée par diverses décisions de jurisprudence. La Cour de cassation l'a admise implicitement dans un arrêt du 3 juillet 1889, en statuant dans les termes suivants : « Attendu qu'aux termes des articles 806 et 809 C. pr. civ. le juge des référés est compétent pour statuer provisoirement, *en cas d'urgence*, sur les difficultés relatives à l'exécution des jugements, à la condition de ne pas porter préjudice au principal (2). »

Le deuxième système, qui nous paraît le seul juridique, décide au contraire qu'en matière d'exécution le juge des référés est compétent, même lorsque l'urgence fait défaut.

Cette opinion s'appuie sur l'article 806 du Code de procédure dont les termes sont formels, qui prévoit certainement deux cas distincts de référé et qui n'indique nullement que l'urgence doive exister pour motiver la compétence du juge des référés en matière d'exécution. Ce texte, ajoute-t-on, révèle parfaitement la pensée de ses rédacteurs et notamment de Réal, qui s'est exprimé en ces termes : « Les règles tracées *par la seconde partie de cette disposition* sont assez fortement prononcées pour qu'on ne puisse les franchir sans une évidente mauvaise foi. Quelques personnes ont paru craindre qu'il ne fût facile d'abuser des cas d'urgence dont parle la *première partie* et de faire porter sous cette dénomination à l'hôtel du président... »

Ainsi tandis que l'orateur du gouvernement estimait les craintes que l'on pouvait concevoir d'une extension exagérée des référés au cas d'urgence, il indiquait que les mêmes

(1) Bioche, v° *Référé*, n° 6; — Chauveau sur Carré, *op. cit.*, quest; 2754 *bis* ; — Bazot, *op. cit.*, p. 316.

(2) Cass., 3 juillet 1889. D. P. 90. 1. 229.

préoccupations ne sauraient exister quand il s'agit de difficultés d'exécution ; d'où il résulte implicitement que la question d'urgence n'apparaît pas quand il s'agit de ces difficultés.

Ajoutons à cela qu'on ne démontre rien, dans le système contraire, lorsqu'on dit que le juge des référés n'a été institué que pour parer aux difficultés urgentes ; c'est traiter la question par la question ; et il paraît plus vraisemblable que la compétence du juge des référés, en matière d'exécution, a été instituée pour déjouer les calculs des débiteurs de mauvaise foi, qui ne manquent jamais de trouver un moyen pour se soustraire à l'exécution de leurs engagements ou de leur condamnation.

Enfin l'article 554 du Code de procédure n'exclut pas la compétence du juge des référés : celui-ci, en effet, lorsqu'il statue sur des difficultés d'exécution, ne peut interpréter les titres produits devant lui par le créancier, il renvoie en ce cas devant le tribunal du lieu, auquel l'article 554 donne compétence.

Cette théorie, soutenue par nombre d'auteurs (1), vient d'être consacrée par un arrêt récent de la Cour de Bordeaux (2) qui nous paraît d'autant plus important qu'un même arrêt de la Cour du 21 mai 1852 (3) s'était prononcé en sens contraire.

Cette question tranchée, nous avons à expliquer les termes employés par l'article 806 C. pr. civ., attribuant compétence au juge des référés par statuer *sur les difficultés relatives à l'exécution des titres exécutoires ou des jugements.*

a. — *Par difficultés d'exécution*, on doit entendre toutes

(1) Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 366 ; — De Belleyme, *op. cit.*, t. I, pp. 374 et 376 ; — Bertin, *op. cit.*, n° 91 ; — Garsonnet, *op. cit.*, § 1460.

(2) Bordeaux, 31 janvier 1899. D. P. 99. 2. 112 ; — Nîmes, 17 juillet 1893. *Gaz. trib.*, 10 août 1893.

(3) Bordeaux, 21 mai 1852, *Journal de cette Cour*, p. 282.

les contestations qui peuvent être soulevées par le débiteur en la forme ou au fond.

En la forme, le débiteur conteste la régularité des poursuites du créancier; il soutient, par exemple : que le commandement qui doit précéder toute saisie-exécution n'a pas été fait ou est nul, ou qu'il a été compris dans la saisie des objets insaisissables, ou qu'il a entre les mains une saisie-arrêt sur les sommes que lui réclame son créancier et pour lesquelles celui-ci exerce des poursuites, ou encore, attaquant le titre même, il soutiendra qu'il n'est pas exécutoire : qu'il n'a pas été signifié, ou s'il s'agit d'un jugement par défaut qu'il est périmé faute d'avoir été exécuté dans le délai légal.

Au fond, le débiteur prétend ne rien devoir ou avoir fait des offres réelles dont la validité est soumise au tribunal ; ou bien le créancier lui oppose la nullité de la quittance par lui produite, etc...

b. — *Par exécution*, il faut entendre non seulement les diverses saisies : saisie-exécution, saisie-arrêt, saisie-gagerie, saisie conservatoire, mais encore la vente des meubles corporels et incorporels et des immeubles, ainsi que la distribution des deniers qui en proviennent ; mais encore la contrainte par corps, dans les cas où elle existe, et l'exécution directe par l'accomplissement des mesures quelconques ordonnées par une décision de justice.

La compétence du juge des référés s'étend, dit l'article 806 C. pr. civ., à l'exécution *des titres exécutoires* et *des jugements*. On doit comprendre sous la dénomination de titres exécutoires tous titres authentiques revêtus de la formule exécutoire et spécialement les bordereaux de collocation délivrés en matière d'ordre ; quant aux jugements ils comprennent tous ceux prononcés par les tribunaux civils ; ils comprennent encore les jugements des juges de paix et des conseils de prud'hommes, de même que les sentences arbitrales rendues exécutoires, les jugements correctionnels

ou de simple police statuant sur des réparations civiles ; les arrêts de la Cour de cassation et des Cours d'appel (1) ; ils comprennent également les jugements des tribunaux étrangers qui sont exécutoires en France ; et enfin, quoique la question soit très délicate, les contraintes administratives (2). Quant aux jugements des tribunaux de commerce, qui sont exécutoires par pròvision, le juge des référés ne saurait connaître de leur exécution, car l'article 647 C. comm. ne permet à leur égard ni défenses ni sursis (3). Il ne saurait non plus connaître de l'exécution des décisions des tribunaux administratifs, en raison du principe de la séparation des pouvoirs (4).

(1) Cass., 3 juillet 1889. D. P. 90. 1. 229.

(2) Arthus, *op. cit.*, p. 268.

(3) Bordeaux, 23 décembre 1879. S. 80. 2. 175. — Lyon-Caen et Renault, t. I, n° 494.

(4) Garsonnet, *op. cit.*, t. VII, § 1462 et § 1464, note 12. — M. Bazot (page 336) cite un arrêt de la Cour de Paris du 4 juin 1870, qui est en sens contraire ; mais cette décision, qui contient une simple affirmation, nous paraît erronée.

CHAPITRE V

Règle restrictive.

Le Juge des référés ne doit pas faire préjudice au principal.

Cette règle, dont nous avons indiqué le sens et l'étendue relativement aux cas d'urgence, se retrouve, ici, dans des termes identiques, puisque les articles 806 et 809 du Code de procédure ne formulent aucune distinction.

Mais ses conditions d'application venant à varier, à raison de la situation différente qu'occupent les plaideurs dans cette nouvelle hypothèse, il y a lieu de rechercher dans quelle mesure elle restreint la mission et les pouvoirs du juge des référés.

Lorsque ce magistrat est appelé à statuer en cas d'urgence, il a devant lui des justiciables qui sont en procès et qui, avant la solution du litige au fond, viennent lui demander le règlement d'un intérêt urgent, différent par sa nature du litige soumis au tribunal. Il va régler provisoirement cette difficulté urgente, mais sans apprécier ni juger la question principale; il y aura alors deux instances distinctes soumises à deux juridictions différentes, sans influence l'une sur l'autre. On peut dire, en ce cas, que le provisoire et le principal sont nettement distincts et séparés.

La situation apparaît toute différente, lorsqu'il se présente une difficulté d'exécution; alors, en effet, le créancier muni d'un titre se disposait à l'exécuter, mais le débiteur s'op-

pose à cette exécution et élève soit contre la validité du titre soit contre celle des actes qui l'ont suivi, des prétentions qui tendent à en paralyser l'effet.

La question que doit résoudre le juge des référés est donc la suivante : y a-t-il lieu de surseoir à l'exécution du titre à raison des griefs qu'on lui oppose ? en d'autres termes : ces griefs ont-ils une *apparence* de sérieux telle que le juge doive *ordonner la discontinuation des poursuites* (1) ?

Telle est la question à juger au provisoire.

Quant au tribunal, sa mission sera tout autre, au moins quant au but à atteindre : il aura à rechercher si le titre est nul, de même que les actes de procédure, et il devra *ou prononcer la nullité du titre ou dire mal fondée l'opposition à l'exécution de ce titre* (2).

La mission du juge des référés dans les difficultés d'exécution ne peut donc s'exercer d'une manière efficace qu'à la condition que ce magistrat examine les titres et les documents qui sont produits devant lui.

La doctrine de certaines décisions judiciaires paraît cependant opposée à cette théorie. En effet, en dehors des trois systèmes que nous avons exposés sur l'interprétation de la règle contenue dans l'article 809 C. pr. civ., il en existe un quatrième dont il nous faut dire quelques mots. Il peut s'énoncer ainsi : « le juge des référés fait préjudice au principal quand il motive sa décision sur des raisons tirées du fond même de la cause (3). »

Cette théorie nous paraît absolument inadmissible. Outre qu'elle est en contradiction formelle avec l'explication que nous avons admise de l'article 809 du Code de procédure, elle n'a aucune base dans les textes. En effet, ni l'article 806, ni l'article 809 ne défendent au juge des référés de connaître du principal, mais simplement *d'y faire préjudice*

(1) Bertin, *op. cit.*, t. II, n° 111.
(2) Bazot, *op cit.*, p. 321.
(3) Paris, 28 novembre 1876, D. P. 78 2. 241 et la note.

ce qui est absolument différent (1). M. le conseiller Gouget, dans son rapport qui a précédé l'arrêt du 17 février 1874, s'exprimait, à cet égard, en ces termes : « Il est bien vrai que, pour justifier la mesure qu'il prescrivait, le président s'est fondé sur le caractère alimentaire des appointements saisis et que ce caractère devra être pris en considération par le juge du fond pour prononcer sur le sort de la saisie ; mais la contrariété qui peut se produire sur ce point entre deux décisions quelque regrettable qu'elle soit, ne saurait avoir pour conséquence de mettre obstacle à l'exercice des pouvoirs conférés au juge des référés (2). »

L'application du système que nous combattons aurait pour effet, en cas de difficultés d'exécution, de réduire à néant les pouvoirs du juge des référés, car la mission du juge, en ce cas, ne peut se comprendre que s'il lui est permis d'apprécier soit la valeur du titre, soit celle des griefs qu'on lui oppose et si cet examen lui est défendu, sa compétence disparaît. Or, comme il faut supposer que le législateur a voulu, en instituant cette juridiction, lui donner des attributions certaines, force est d'admettre que le juge des référés ait la possibilité de les exercer en examinant les titres dont l'exécution est poursuivie. C'est en ce sens que se prononcent les auteurs (3) et la jurisprudence. Un arrêt récent de la Cour de Paris s'exprime en ces termes : « Considérant *que l'appréciation des actes appartient au juge des référés dans les limites de sa compétence*, c'est-à-dire tant qu'elle ne porte pas atteinte au principal et que dans cette mesure il peut prendre toutes les voies d'instruction de nature à éclairer le débat ; qu'ainsi la demande tendant à une discontinuation de poursuites basée sur des contestations faisant obstacle au paiement, *il appartient au juge des référés*

(1) Bazot, *op. cit.*, p. 320.
(2) Cass., 17 février 1874. S. 74. 1. 240.
(3) Chauveau, *op. cit.*, quest. 2754 *ter;* — Bertin, *op. cit*, t. II, n° 111.

d'apprécier ces obstacles et d'ordonner toutes justifications à cet égard (1).

La solution de cette question ne fait donc presque pas de doute ; mais certaines décisions judiciaires y apportent un tempérament qui en diminue singulièrement la portée.

Le juge des référés, aux termes de ces décisions serait compétent pour apprécier la *régularité extérieure* des actes ; mais il serait incompétent pour apprécier provisoirement leur *valeur intrinsèque* (2). Cette distinction n'a aucune base dans les textes et doit être repoussée ; car si on admet que le Juge des référés, en appréciant le mérite intrinsèque d'un acte porte, préjudice au principal, il faut admettre qu'il y porte également préjudice en appréciant leur mérite extrinsèque ; mais dès lors qu'il est admis juridiquement, croyons-nous, que le juge des référés a le pouvoir d'examiner les titres produits devant lui, son pouvoir d'appréciation peut porter sur le fond comme sur la forme : la décision, dans un cas comme dans l'autre, ne touche pas la difficulté soulevée ; il y puise un motif de continuer ou de suspendre les poursuites, et ne peut, par conséquent, porter préjudice au principal (3).

A ceux qui soutiennent cette théorie en vertu de la règle que provision est due au titre, il est facile de répondre que l'art. 806 du Code de procédure déroge à cette règle ; et qu'il ne vise pas certaines difficultés d'exécution, mais les difficultés d'exécution, c'est-à-dire *toutes les questions de cet ordre* (4).

Concluons donc, de ce qui précède, que le juge des référés a le pouvoir d'examiner les titres qui lui sont soumis, les griefs qu'on leur oppose et qu'il peut, dans cette mission,

(1) Paris, 14 mai 1887. D. P. 88. 2. 187. — Dans le même sens : Alger, 1er septembre 1893, *Rev. Alger.* 1893. 2. 534.
(2) Paris, 17 juin 1874. *Gaz. trib.*, 23 juillet 1874.
(3) Bertin, *op. cit.*, t. II, n° 104; — Bazot, *op. cit.*, p. 322.
(4) Garsonnet, *op. cit.*, t. VII, p. 279.

s'éclairer de toutes mesures d'instruction qui lui paraissent utiles.

Toutefois, il ne faut pas exagérer la portée des pouvoirs du juge des référés en cette matière : sa mission n'est pas, en effet, de se livrer à une étude très approfondie de la cause et nécessitant par suite des mesures d'instruction compliquées et coûteuses, car, s'il en était ainsi, l'utilité de cette juridiction instituée pour juger rapidement disparaîtrait ; et par là même disparaîtrait sa raison d'être ; elle ne serait plus qu'un rouage inutile de notre organisation judiciaire (1).

On pourrait objecter peut-être que le juge des référés doit, comme les tribunaux, rechercher, avant de juger, la vérité tout entière ; et que s'il agit autrement ses décisions préparées avec rapidité n'inspireront pas aux justiciables la confiance nécessaire à leur exécution. Cette objection perd à peu près toute sa valeur, quand on sait que le juge des référés est appelé à rendre des décisions provisoires qui laissent intact le fond du droit que le tribunal pourra apprécier en toute liberté et avec toutes les garanties nécessaires.

Du reste, dans la plupart des cas, il faut admettre que la vérité apparaîtra sans grandes difficultés : le plus souvent le débiteur s'adresse au juge des référés sans espoir de succès et les griefs qu'il allègue contre le titre exécutoire décèlent ouvertement ou sa mauvaise foi, ou l'impossibilité dans laquelle il se trouve d'exécuter pécuniairement l'obligation contenue dans le titre de son créancier.

Le juge des référés en matière d'exécution doit donc rechercher de quel côté sont *les apparences du droit* (2) ; et ordonner la continuation des poursuites si l'opposition paraît mal fondée ; ou les suspendre, au contraire, si l'opposition se présente avec un caractère sérieux. Toutefois, si la

(1) Arthus, *op. cit.*, p. 278.
(2) Gérard, *op. cit.*, p. 63 ; — Arthus, *op. cit.*, p. 279 ; — De Belleyme, *op. cit.*, t. I, p. 446 ; — Paris, 23 décembre 1891. *Gaz. trib.*, 22 janvier 1892.

continuation des poursuites ne pouvait avoir lieu qu'au risque de compromettre irrémédiablement les droits d'une partie et de rendre inutile, plus tard, la décision du tribunal, le juge des référés devrait s'abstenir de l'ordonner afin de ne pas porter préjudice au principal.

Il nous reste à faire, comme nous l'avons déjà fait pour les cas d'urgence, l'application de ces principes aux difficultés d'exécution. Nous n'examinerons pas tous les cas où ces principes sont en jeu, ce qui conduirait à l'examen de toutes les procédures d'exécution et sortirait du cadre de ce travail. Il suffira de les appliquer à une procédure type, au sujet de laquelle peuvent se présenter les difficultés d'exécution que le juge des référés est appelé à trancher ; nous voulons parler de la saisie-exécution.

CHAPITRE VI

Application des principes qui précèdent

SECTION PREMIÈRE

En matière de saisie-exécution.

« La saisie-exécution, dit M. de Belleyme, est le mode d'exécution des titres exécutoires et des jugements sur les meubles du débiteur (C. pr. 551), et le juge statue en référé sur toutes les difficultés de forme et au fond, relatives à la saisie-exécution. »

Nous allons examiner d'abord les difficultés qui peuvent se présenter au sujet du titre lui-même; et ensuite celles qui se rencontrent au cours de la saisie et qui sont de nature à mettre en mouvement la juridiction des référés.

1° DIFFICULTÉS TOUCHANT LE TITRE EXÉCUTOIRE

Un créancier, muni d'un titre qu'il prétend exécutoire, signifie ce titre à son débiteur en tête du commandement tendant à la saisie-exécution. Le débiteur peut former opposition à ce commandement devant le tribunal, en demandant la nullité du titre, et porter devant le juge des référés une demande tendant à ce qu'il ne soit pas donné suite au commandement avant que la question de validité du titre ait été tranchée.

S'agit-il d'un jugement, le débiteur allègue, par exemple, qu'il est nul, parce qu'ayant été rendu par défaut contre partie il n'a pas été exécuté dans les six mois de son ob-

tention, conformément à l'article 156 du Code de procédure; s'agit-il d'un acte notarié, il prétend qu'il est nul parce que l'obligation qu'il constate à sa charge a été contractée pendant sa minorité, par lui et non par son tuteur ; ou bien encore, il prétend que son consentement n'a été obtenu que par dol ou fraude, et que l'obligation qu'on lui oppose est nulle de ce chef.

Quelle sera, dans ces divers cas, la mission du juge des référés?

Il y a lieu de remarquer, de suite, que les griefs du débiteur sont graves et que la preuve qui en serait faite devant le tribunal emporterait la nullité du titre.

Ce premier point apprécié, le juge des référés devra rechercher notamment, au cas de dol et de fraude, si les allégations du débiteur sont appuyées de preuves, ou tout au moins si elles paraissent vraisemblables; et s'il en est ainsi, il pourra accorder un sursis aux poursuites (1).

La même solution doit s'appliquer au cas où le titre dont on réclame l'exécution est attaqué par la voie de l'inscription *de faux incident civil.* Les juges ont alors la faculté de suspendre l'exécution (article 1319 du Code civil), le juge des référés est compétent pour ordonner la même mesure (2). Ici, encore, il devra prendre connaissance des motifs allégués par le débiteur et ne faire droit à la demande de sursis qu'autant que les motifs allégués présenteront une gravité considérable, et que la preuve pourra en être rapportée. Le juge des référés ne devra pas perdre de vue que la procédure d'inscription de faux incident civil est semée d'écueils et que le demandeur succombe le plus souvent, parce que les faits qu'il allègue n'ont pas une précision suffisante ou sont insusceptibles d'être prouvés d'une manière indiscutable.

Le titre exécutoire — jugement ou arrêt — peut être attaqué

(1) Bordeaux, 25 novembre 1836. *J. Pal.*, à sa date.
(2) De Belleyme, *op. cit.*, t. I, p. 452.

d'une manière indirecte, notamment par *le désaveu* de l'avoué qui a occupé dans l'instance. Le juge des référés saisi d'une demande en discontinuation de poursuites basée sur cette procédure ne saurait y faire droit, non par application des règles de sa compétence, mais parce que l'article 357 du Code de procédure civile ne permet pas le sursis en cette hypothèse; mais le permet seulement au cas où le désaveu est formé au cours de l'instance, avant l'obtention du titre exécutoire (1).

Le juge des référés ne doit pas se borner à examiner la valeur du titre en lui-même, il a encore le pouvoir de rechercher si l'exécution poursuivie l'est dans les termes où le prescrit le titre exécutoire donnant lieu aux difficultés qui lui sont déférées.

Ainsi, nous ne pouvons qu'approuver la doctrine d'un arrêt de la Cour de Besançon, qui a décidé que le juge des référés est compétent pour suspendre provisoirement les poursuites exercées par un créancier en vertu d'un titre exécutoire, à la charge de fournir caution, dans le cas où cette caution n'a pas été fournie (2).

Par application du même principe, il y a lieu d'admettre, relativement à une exécution poursuivie contre un tiers, que le juge des référés est compétent pour examiner si les formalités prescrites, en ce cas, par l'article 548 C. pr. civ. ont été remplies (3).

Nous pourrions multiplier les exemples, à l'appui de cette règle que le juge des référés est compétent, soit pour examiner le titre, soit pour en apprécier les conditions d'exécution, à l'effet d'ordonner la continuation où la suspension des poursuites. C'est ainsi que ce magistrat sera amené à apprécier, dans une certaine mesure, la régularité d'un recours suspensif de l'exécution, opposition ou appel.

(1) Cass., 27 février 1856. D. P. 56.1. 151;— Bertin, *op. cit.*, t. II, n° 119.
(2) Besançon, 31 octobre 1888. D. P. 90. 2. 15.
(3) Lyon, 12 mars 1883. D. P. 84. 2. 39.

Il est bien entendu qu'il n'appartient pas au juge des référés de dire l'opposition bien ou mal fondée, l'appel recevable ou non recevable; c'est la une mission qui appartient au tribunal ou à la cour; mais comme il est nécessaire que le juge des référés ordonne que les poursuites soient continuées ou suspendues, il faut qu'il examine les conditions de forme et de fond dans lesquelles se produit le recours du débiteur, afin de se former une opinion qui sera la base de sa décision (1). La Cour de Besançon, dans un arrêt récent, condamne cette interprétation relativement à un appel qu'un créancier soutenait avoir été interjeté tardivement; mais cette décision ne saurait nous convaincre, car, outre que l'arrêt se contente d'émettre une affirmation, il semble admettre que le juge des référés ne peut pas apprécier la tardiveté de l'appel, non parce que c'est en dehors de ses attributions, mais parce que la question était, lors du référé, soumise à la Cour (2), circonstance qui, à notre avis, est absolument indifférente.

Des difficultés spéciales peuvent se présenter dans les cas suivants :

1° Lorsqu'un jugement a été mal à propos qualifié en dernier ressort;

2° Lorsque l'exécution provisoire a été ordonnée dans un cas où la loi ne le permettait pas.

Dans ces deux hypothèses, le débiteur placé sous le coup d'une saisie peut avoir un intérêt majeur à recourir à la juridiction des référés. Mais le législateur semble lui avoir refusé ce recours, en attribuant la connaissance de ces difficultés à la Cour d'appel, — articles 457 et 459 du Code de procédure.

M. Bazot n'admet pas cette interprétation et propose un système original dans les termes suivants : « Prenons garde, dit-il, que les défenses placées sous les articles 457

(1) Bazot, *op. cit.*, p. 337.
(2) Besançon, 31 octobre 1888. D. P. 90. 2. 15.

et 459 du Code de procédure, dans les attributions exclusives de la Cour, sont celles qui ont pour but de surseoir à l'exécution jusqu'à un événement déterminé : l'arrêt à intervenir sur le fond. Un pareil pouvoir dépasse bien certainement la compétence du juge des référés, et je ne songe pas à le lui attribuer. Mais lui reconnaître seulement la faculté d'ordonner la discontinuation des poursuites serait permettre au débiteur d'obtenir utilement de la Cour les défenses en question, sans courir le risque d'être devancé par des poursuites précipitées. L'article 806 du Code de procédure se concilierait ainsi avec les articles 457 et 459. Au juge des référés il appartiendrait de suspendre momentanément les poursuites, à la Cour de les suspendre jusqu'à l'arrêt définitif... (1). »

Malgré l'ingéniosité de cette théorie, nous ne saurions y souscrire. Non seulement elle n'a pas de base dans les textes, mais il est indubitable que les articles 457 et 459 du Code de procédure ont eu pour but de remplacer dans ces hypothèses la compétence du juge des référés par celle de la Cour d'appel. Le législateur a même pris soin d'indiquer un mode rapide de saisir la Cour : une assignation à bref délai dans les deux cas ; et il est à peine besoin de dire que l'intimé assigné devant la Cour, pour voir statuer sur les défenses que sollicite l'appelant ne passera presque jamais outre, avant la décision des juges d'appel (2).

Nous avons dit plus haut que le juge des référés, après examen de la régularité de l'opposition ou de l'appel formés contre un jugement, avait compétence pour ordonner la suspension des poursuites faites en vertu de ce jugement. La même solution doit-elle être admise, lorsqu'il s'agit d'un jugement attaqué par voie de tierce-opposition?

M. de Belleyme a indiqué les deux opinions auxquelles cette question a donné naissance.

(1) Bazot, *op. cit.*, p. 340 ; — Bertin, *op. cit.*, n° 99.
(2) Montpellier, 11 décembre 1841. D. P. 42. 2. 164.

Dans un premier système, qui admet l'affirmative, on dit : « par *le tribunal* on entend *les juges*, (C. pr. 478) devant lesquels le jugement est produit selon l'ordre des juridictions, et en cas d'exécution et d'urgence le président des référés remplace le tribunal : c'est un obstacle à l'exécution, c'est une mesure provisoire et l'exécution peut être irréparable surtout si le tiers opposant prétend exercer un droit de propriété ; c'est alors une réclamation de propriété, une question principale, et le juge des référés ne pouvant l'apprécier doit suspendre l'exécution du jugement (1). »

Dans un deuxième système, on décide au contraire que le juge des référés est, en ce cas, incompétent pour suspendre l'exécution du jugement.

Cette opinion nous paraît plus conforme au texte de la loi. Il résulte, en effet, des articles 477 et 478 C. pr. civ. que le droit de suspendre l'exécution d'un jugement frappé de tierce-opposition n'appartient qu'aux juges qui l'ont prononcé et qui sont saisis de la tierce opposition (2). Comme le fait remarquer M. Glasson, en note sous un arrêt de Paris du 2 janvier 1883 (3), bien que les articles 806 et 807 C. pr. civ. ouvrent d'une manière très large la procédure du référé, il semble bien, lorsque la voie de tierce-opposition a été prise, comme le tribunal saisi a qualité pour prononcer un sursis à l'exécution, que la loi ait entendu retirer compétence au président du tribunal jugeant en référé.

Il nous reste à dire quelques mots des difficultés d'exécution des arrêts des Cours d'appel.

Deux questions principales se posent à ce sujet :

1° Le juge des référés peut-il, d'une manière générale, connaître de l'exécution des arrêts?

2° En admettant l'affirmative, peut-il, malgré l'article

(1) De Belleyme, *op. cit.*, t. I, p. 486 ; — Trib. de la Seine, 5 mai 1872. S. 72. 2. 312.

(2) Dutruc, *Supplément aux lois de la procédure*, v° *Référé*, n° 102.

(3) Paris, 2 janvier 1883. D. P. 83. 2. 141.

472 C. pr. civ., connaître de l'exécution des arrêts infirmatifs?

a) On a contesté au juge des référés le droit de connaître des difficultés nées de l'exécution des arrêts, par le motif que l'article 806 C. pr.civ. vise seulement les *jugements* et que cette expression exclut nécessairement *les arrêts*. Dans cette théorie, émise par M. Coffinière, on applique l'article 472 du Code de procédure: au cas de confirmation du jugement, les difficultés d'exécution appartiennent au tribunal de première instance; au cas d'infirmation, on doit se pourvoir non devant le président qui ne peut exercer seul aucune juridiction, mais devant la Cour, qui statue à l'audience, à bref délai, sur les difficultés d'exécution.

On a réfuté ce système en faisant remarquer que le mot *jugement* dans l'article 806 C. pr. civ. est un terme générique, qui désigne non seulement les jugements proprement dits, mais toute décision judiciaire ; que le législateur dans le livre II, titre VI, du Code de procédure, intitulé *Règles générales sur l'exécution des jugements*, pose des principes qui sont applicables tant aux jugements qu'aux arrêts (1).

Cette opinion, qui paraît la seule admissible, en droit, a été consacrée par un arrêt récent et paraît aujourd'hui indiscutable (2).

b) Dès lors qu'il est admis que le juge des référés peut connaître de l'exécution des arrêts, il y a lieu de rechercher s'il peut, nonobstant l'article 472 C. pr. civ., connaître de l'exécution des arrêts infirmatifs, au cas où la Cour a retenu l'exécution?

Si l'arrêt infirme, dit de Belleyme, l'exécution entre les mêmes parties appartient à la Cour, suivant les termes de l'article 472 du Code de procédure civile (3).

On a élevé contre ce système des raisons d'utilité et des

(1) Chauveau, *op. cit.*, *quest.* 2764 ; — Bertin, *op. cit.*, t. II, nos 244 et suiv.; — Bazot, *op. cit.*, p. 344.

(2) Chambéry, 13 juin 1894. D. P. 98.2.326.

(3) De Belleyme, *op. cit.*, t. I, p. 330.

arguments d'ordre juridique. Il n'est pas douteux qu'il y aurait intérêt pour les plaideurs à pouvoir saisir le juge des référés des difficultés relatives à l'exécution d'un arrêt : les raisons d'utilité sont, il faut l'avouer, toutes en faveur de ce système. Mais est-il bien vrai, comme l'affirme M. Bertin, qu'il existe des *raisons légales* pour attribuer compétence, en ce cas, au juge des référés ? Nous ne le pensons pas. Pour soutenir son opinion, M. Bertin argumente de l'alinéa final de l'article 472 C. pr. civ., qui, après avoir attribué compétence à la Cour dans l'hypothèse qui nous occupe, apporte exception à cette règle dans « les cas de demande en nullité d'emprisonnement, en expropriation forcée *et autres*, dans lesquels la loi attribue juridiction (1) ».

La jurisprudence est dans le sens de cette opinion : la Cour suprême a rendu, le 3 juillet 1889, sur le rapport du conseiller Lepelletier, un arrêt qui décide formellement que le législateur a créé, dans les articles 806 et suivants du Code de procédure, une juridiction spéciale qui est substituée à la juridiction attribuée aux Cours d'appel par l'article 472 (2).

Il n'est pas douteux que cet arrêt a pour base unique la fin de l'article 472, sur lequel est tout entier édifié le système de M. Bertin.

Cependant, il nous paraît certain que la rédaction finale de cet article, par les mots « *et autres dans lesquels la loi attribue juridiction* », ne vise pas les cas de référés.

Nous avons vu, en effet, que la compétence du juge des référés s'étend à tous les cas de difficultés d'exécution, — sauf, bien entendu, attribution de juridiction ; — or, si l'on admettait que l'alinéa final de l'article 472 vise les cas de référés, il faudrait admettre que le législateur, après avoir posé une règle générale au début de cet article, en aurait détruit toute la portée dans la partie finale, en y apportant

(1) Bertin, *op. cit.*, t. II, p. 173 ; — Chauveau, t. VI, *quest.* 2764.
(2) Cass., 3 juillet 1889. D. P. 90. 1. 229.

une exception d'une application aussi générale que la règle elle-même.

En paraphrasant cette prétendue rédaction, on arriverait à faire dire au législateur : si le jugement est infirmé, l'exécution appartiendra à la Cour d'appel (article 472), sauf aux cas où il y a lieu à référé, c'est-à-dire *dans tous les cas* de difficultés d'exécution (article 806). Ce serait là un non-sens que le législateur n'a pas commis.

Lorsque l'article 472 apporte une exception à la règle qu'il formule, il est vraisemblable qu'il entend viser certaines hypothèses déterminées, analogues à celles qu'il énumère nominativement; mais rien n'autorise, à notre avis, à soutenir qu'il ait entendu par là comprendre les cas infinis auxquels s'appliquent les articles 806 et suivants du Code de procédure.

Des développements qui précèdent, nous pouvons conclure que le juge des référés est compétent soit pour examiner le titre, soit pour en apprécier les conditions d'exécution, mais seulement dans la mesure où cet examen est nécessaire pour décider que les poursuites seront continuées ou suspendues.

Mais là s'arrête son pouvoir; il ne saurait : 1° ni rectifier les prétendues erreurs d'un jugement et en changer le dispositif (1); 2° ni interpréter les jugements et arrêts qui sont produits devant lui par le demandeur ou le défendeur (2); car il ne saurait le faire sans porter préjudice au principal.

2° EXCEPTIONS QUI PEUVENT ÊTRE OPPOSÉES AU CRÉANCIER

Au moment de la saisie le débiteur peut invoquer l'extinction de l'obligation contenue au titre exécutoire par une des causes énumérées dans l'article 1234 du Code civil.

(1) Lyon, 12 mai 1883. D. P. 84. 2. 39.

(2) Garsonnet, *op. cit.*, t. VII, p. 304; — Caen, 6 janvier 1872. D. P. 73 5. 390; — Trib. civ. de Narbonne, 24 janvier 1900. *La Loi*, 2 février 1900.

a) *Paiement.* — Il n'est pas douteux que la preuve d'un paiement total provoquera de la part du juge des référés une discontinuation de poursuites. Mais cette hypothèse très simple se présentera rarement devant le juge des référés. Le plus souvent ce magistrat se trouvera en présence d'une personne débitrice d'une autre de diverses sommes sur lesquelles elle a versé des acomptes et cherchant à imputer ces acomptes sur la dette à l'occasion de laquelle sont exercées les poursuites. Le juge devra alors examiner ses prétentions, et s'il se présente des difficultés sérieuses ordonner la discontinuation des poursuites, en attendant que le tribunal ait jugé la question principale d'imputation (1).

En présence d'un paiement partiel, le juge doit juridiquement ordonner la continuation des poursuites, car provision est due au titre exécutoire jusqu'à l'extinction totale de la condamnation qui y est contenue. — En fait, cependant, le juge des référés donne au débiteur un délai pour se libérer totalement, délai pendant lequel il suspend l'exécution du titre, mais cette pratique humanitaire n'a aucune base dans notre droit (2).

b) *Offres réelles.* — Les offres suivies de consignation libèrent le débiteur (article 1257 du Code civil). Il arrive souvent, en matière d'exécution, que le débiteur fait des offres et consigne pour arrêter momentanément les poursuites. Le juge des référés est alors appelé à statuer. Il n'a pas à juger la validité des offres, car l'article 815 du Code de procédure dit qu'elle sera jugée comme les demandes principales ; or le juge des référés excéderait les limites de sa compétence en jugeant une telle demande (3). Suivant les règles que nous avons posées plus haut il doit rechercher si ces offres *paraissent suffisantes;* et, s'il en est ainsi, il doit surseoir

(1) Bertin, *op. cit.*, t. II, n° 124.
(2) Arthus, *op. cit.*, p. 295.
(3) Paris, 26 février 1884. S. 86. 2. 204.

provisoirement aux poursuites (1). « Le juge des référés, dit M. Bazot, accordera aux parties, suivant les circonstances et l'appréciation qu'il en aura faite, un sursis, pour qu'elles puissent faire juger définitivement par le tribunal la difficulté qui les divise. Ses pouvoirs ne vont pas au delà lorsque les poursuites reposent sur un titre légal et régulier ; il excéderait manifestement sa compétence en concédant un sursis indéfini ou même subordonné à la solution du litige principal (2). »

Il devra se montrer rigoureux en cette matière et exiger, pour ordonner la discontinuation des poursuites, des offres et une consignation régulières. Il doit assurer au créancier, s'il suspend ses poursuites, la certitude d'être désintéressé comme il le serait par le paiement même.

C'est dans cet ordre d'idées qu'il a été jugé qu'une simple consignation des sommes dues ne peut être valable et libératoire qu'autant qu'elle a été précédée d'offres réelles régulières et qu'à défaut d'offres elle est insuffisante pour permettre au juge des référés d'arrêter les poursuites (3).

c) *Compensation.* — La compensation, aux termes de l'article 1291 du Code civil, n'a lieu qu'entre deux dettes qui ont pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce et qui sont également liquides et exigibles.

Lorsque le débiteur poursuivi invoque la compensation, la mission du juge est de rechercher si les conditions d'existence de ce mode d'extinction des obligations sont réunies et s'il apprécie que la compensation est possible, il doit ordonner la suspension provisoire des poursuites (4).

La Cour de Montpellier a cependant jugé le contraire, en décidant que la prétention à compensation émise par le

(1) Trib. Pau, 28 mars 1896. *La Loi*, 1896, p. 519.
(2) Bazot, *op. cit.*, p. 335.
(3) Paris, 24 décembre 1853, rapp. par de Belleyme, *op. cit.*, t. II, p. 26.
(4) Paris, 3 mars 1889. *Gaz. trib.*, 1889, p. 791.

débiteur ne peut suffire pour permettre au juge des référés de paralyser l'exécution du titre exécutoire dont le créancier est nanti (1). Cette dernière théorie nous semble inadmissible. En effet, il paraîtrait étrange qu'un débiteur fût saisi et vendu, alors qu'il est lui-même créancier du poursuivant d'une somme égale à celle qu'on lui réclame, alors que sa créance est susceptible d'entrer en compensation. Conformément à la doctrine que nous avons émise, il paraît plus logique, en droit, de permettre au juge des référés l'examen de la compensation opposée par le débiteur, sauf au tribunal à juger, plus tard, si cette compensation peut être admise. La Cour de Montpellier nous semble, du reste, avoir une idée absolument inexacte de la compétence du juge des référés lorsqu'elle pose en principe, dans le même arrêt, que ce magistrat ne peut ordonner de sursis aux poursuites que lorsqu'il existe un vice dans les formes *intrinsèques* de l'acte exécutoire. C'est là, nous l'avons dit plus haut, une théorie erronée qui a le tort grave d'établir une distinction où l'article 806 C. pr. n'en établit aucune, et qui conduit en fait à des conséquences inadmissibles (2).

d). — Les mêmes règles s'appliquent soit au cas où le débiteur allègue une *novation*, une *remise de dette*, un *compte à faire*, au moins quand le créancier reconnaît avoir reçu des acomptes ; soit au cas où le débiteur invoque, contre le titre en vertu duquel il est poursuivi, le bénéfice de la *prescription :* il y a lieu à discontinuation des poursuites dès que la prétention du débiteur apparaît avec un caractère sérieux, sinon le juge des référés doit assurer l'exécution du titre.

(1) Montpellier, 24 octobre 1896. *La Loi*, 1896, p. 1016.
(2) Bertin, *op. cit.*, t. II, n° 129.

3° Réclamations élevées par des tiers a l'encontre de l'exécution du titre

Il arrive souvent qu'au cours d'une saisie-exécution un tiers intervient, qui se prétend propriétaire des objets saisis, les revendique et tend à paralyser ainsi l'effet du titre du saisissant. Si ce dernier doit attendre que la revendication ait été jugée par le tribunal, il peut subir par suite de ce retard un préjudice considérable. Pour y échapper, il s'adresse le plus souvent au juge des référés afin d'obtenir malgré la revendication la continuation des poursuites. Le juge des référés peut-il accueillir une telle demande ?

De Belleyme répondait à cette question par la distinction suivante : si la réclamation est évidemment frauduleuse ou dénuée de toute justification... on ordonne la continuation des poursuites ; — si la réclamation repose sur des titres justificatifs de la propriété, bail, quittances de loyers... on ordonne la discontinuation des poursuites ; — si la réclamation présente une contestation sérieuse, on prend une mesure conservatoire en ordonnant provisoirement que les poursuites seront continuées jusqu'à la vente *exclusivement* (1).

Cette distinction paraît avoir inspiré la jurisprudence et on en trouve les traces certaines dans les arrêts les plus récents.

Un grand nombre de décisions ont permis la continuation des poursuites jusqu'à la vente inclusivement, malgré l'existence d'une demande en revendication, lorsque cette demande apparaît comme le résultat d'un dol manifeste et d'un concert frauduleux entre la partie saisie et le revendiquant (2).

Une pareille jurisprudence s'explique, en fait, par

(1) De Belleyme, *op. cit.*, t. II, p. 33.
(2) Paris, 5 novembre 1894. D. P. 95. 2. 118.

caractère habituel des revendications ; on comprend que le juge qui est en présence d'un revendiquant dont le but unique est d'absorber en frais, avec l'aide du débiteur, le mobilier de ce dernier, soit peut disposé à favoriser une telle manœuvre et qu'il ordonne la continuation des poursuites. De Belleyme a fort bien marqué cette nuance en disant : « cependant, si la revendication est évidemment frauduleuse et introduite pour perdre le gage en frais on ordonne, par exception rare au principe, le passer-outre à la vente, suivant l'usage constant de mes prédécesseurs, et lorsque j'ai été moins sévère qu'eux sur ce point, le nombre croissant des réclamations *frauduleuses* m'a rappelé à leur jurisprudence (1). »

Néanmoins, en droit, il est difficile de se rallier à un tel système. Si le juge des référés ordonne de passer outre à la vente, il ne restera plus rien à juger par le tribunal. Ce sera le cas de dire que le juge du principal « se meut dans le vide » ; or nous avons vu plus haut, relativement à l'interprétation de l'article 809 du Code de procédure, que la Cour suprême repoussait, à juste titre, les conséquences d'une pareille doctrine.

D'autre part, ce système n'est pas sans présenter de très graves inconvénients : il ne sera pas impossible de voir un tribunal accueillir une revendication, alors que le juge des référés, la considérant comme frauduleuse, aura ordonné la vente du mobilier. Outre la contrariété très choquante des deux décisions, le juge des référés aura créé un préjudice irréparable.

Pour éviter un pareil résultat, il est d'usage, à Paris, que le juge des référés se fasse renseigner sur le caractère de la revendication par un constat de l'huissier audiencier (2). Une telle pratique n'est pas juridique ; elle n'est pas non plus sans danger : elle n'est pas juridique, car nul texte ne

(1) De Belleyme, *op. cit.*, t. II, p. 38.
(2) Paris, 7 août 1890. D. P. 91. 2. 162.

permet au juge des référés de déléguer ainsi un huissier qui remplit une mission qui n'est autre que celle du juge; elle n'est pas sans danger, car l'huissier, agissant sans contrôle et sans responsabilité, accomplira plus ou moins sérieusement un travail qui influera certainement sur l'ordonnance de référé à intervenir.

Enfin, lorsque le juge des référés est obligé de recourir à un tel procédé pour découvrir la fraude, c'est qu'elle n'est pas apparente et, si elle est si difficile à découvrir, la prudence fait un devoir au juge de renvoyer les plaideurs devant le tribunal (1).

La jurisprudence qui reconnaît au juge des référés le droit d'ordonner, dans notre hypothèse, la continuation des poursuites, y compris la vente, est loin d'être unanime.

De nombreux arrêts ont, au contraire, cherché divers moyens pour écarter les revendications peu sérieuses; ces moyens sont tous ingénieux, mais disons de suite qu'ils n'ont ou rien de juridique ou rien d'efficace.

On a imaginé, tout d'abord, d'exiger du revendiquant *une caution* destinée à garantir le montant des dommages-intérêts que ce revendiquant pourrait être condamné à payer au saisissant, par le jugement qui déclare la revendication mal fondée (2).

L'illégalité d'un semblable procédé saute aux yeux. L'article 608 du Code de procédure civile n'exige point une telle condition pour l'exercice de l'action en revendication; d'autre part, les principes qui régissent la caution *judicatum solvi* ne l'imposent jamais à un Français; c'est donc un excès de pouvoirs, qui constitue un déni de justice, que le juge des référés commet, lorsqu'il impose une consignation de cette nature à un revendiquant (3).

(1) Arthus, *op. cit.*, p. 281.
(2) Paris, 12 juillet 1887. *La Loi* du 4 décembre 1887.
(3) Moreau, *op. cit.*, n° 176; — Paris, 3 décembre 1886, rapp. par Rousseau et Laisney, *Rec.* 1887, p. 67.

Pour échapper à ce reproche très grave, d'autres décisions judiciaires ont autorisé le *séquestre* des effets saisis qui sont l'objet d'une revendication (1).

Cette nouvelle mesure est, dit-on, strictement juridique, car les juges sont autorisés à ordonner la mise en séquestre d'une chose qui forme l'objet d'une instance judiciaire, lorsque la conservation des droits des parties leur paraît exiger cette mesure, et notamment lorsque la propriété d'une chose est contestée et qu'il y a danger de la laisser dans les mains de la partie qui la possède (2).

Que le séquestre des objets revendiqués soit permis en référé, nous ne le contesterons pas ; mais qu'il soit efficace nous en doutons. En effet, lorsque des objets ont été saisis et qu'il survient une demande en revendication, faite de mauvaise foi, on se demande en quoi le séquestre peut modifier la situation des plaideurs : le saisi, de par la saisie même, avait perdu le droit de disposer des objets saisis ; le revendiquant ne pouvait y avoir droit que lorsque sa demande aurait été validée : le séquestre ne modifie donc pas leur situation. Quant au saisissant, ne perdons pas de vue que son intérêt consiste uniquement dans la continuation des poursuites et dans la vente qui réalise son gage et met un terme aux frais. Or le séquestre ne lui procure aucun de ces avantages, puisqu'il devra attendre la fin du procès en revendication pour voir cesser le séquestre et que les frais eux-mêmes ne cesseront qu'à ce moment.

En raison du caractère peu juridique que présentent les monuments de jurisprudence que nous venons d'analyser et aussi de leur peu d'efficacité, une doctrine strictement juridique a été consacrée par de nombreux arrêts qui décident qu'il est interdit au juge des référés non seulement de statuer expressément sur la demande en revendication, ce qui, aux termes de l'article 608 du Code de procédure, est

(1) Paris, 7 août 1890. D. P. 91. 2. 162.
(2) Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, 4e édit., t. IV, § 409-1°, p. 632.

spécialement réservé au tribunal; mais encore, en ordonnant la vente des objets saisis, de trancher implicitement, d'une façon irréparable, la question de revendication soumise au juge du fond (1).

M. Bazot, après avoir cité un arrêt qui se prononce en ce sens, ajoute très judicieusement: « C'est là la mesure dans laquelle doit se tenir le juge des référés. Dans certaines circonstances exceptionnelles, il peut être tenté de la dépasser; qu'il s'en garde, car, la limite une fois franchie, il lui serait difficile de s'arrêter (2). »

Nous devons reconnaître que si ce système a le mérite d'être juridique, il est loin de donner satisfaction aux créanciers munis de titres et victimes d'agissements frauduleux de tiers sans scrupules; mais si la loi est imparfaite, il n'appartient pas aux juges de la modifier.

SECTION II

Demande de délai par le débiteur.

Il arrive chaque jour qu'un débiteur saisi assigne le poursuivant devant le juge des référés, afin d'obtenir de ce dernier un délai de grâce.

Le juge des référés est-il compétent pour faire droit à une demande de cette nature? Cette question a donné naissance à trois systèmes.

Premier système. — Le juge des référés est compétent pour accorder un délai de grâce. Aux termes de l'article 1244 du Code civil, « *les juges* peuvent, en considération de la position du débiteur..., accorder des délais modérés pour le paiement ». La loi, dit-on, ne s'est pas servie du mot *tribunal*, qu'elle emploie ordinairement, mais qui ne s'applique qu'à la réunion des magistrats composant le tribunal. L'ex-

(1) Paris, 21 janvier 1887 *Le Droit* du 11 février 1887.
(2) Bazot, *op. cit.*, p. 329.

pression juges, au contraire, s'étend à tous ceux qui exercent des fonctions juridictionnelles; d'où il suit que l'article 1244 est applicable en matière de référés puisque le président du tribunal y remplit la fonction *de juge*. D'autre part, l'article 806 C. pr. civ. accorde au président du tribunal le droit de statuer sur toutes les difficultés relatives à l'exécution; or la question de délais à accorder est précisément une des difficultés qui peuvent se produire devant le juge des référés (1).

La loi, ajoute-t-on, a donc consacré pour le président le droit de concéder des délais; pouvait-il, au surplus, en être autrement? « Si le débiteur d'un billet, de loyers, du prix d'un fonds de commerce ou d'un immeuble, dit de Belleyme, prouve au moment de la vente des objets saisis ou de la délivrance du certificat de folle-enchère qu'il a payé des acomptes, s'il offre réellement un nouvel acompte formant la moitié, les trois quarts de la dette, plus tous les frais, s'il justifie en outre de ressources réelles pour payer le reliquat dans un court délai, le président ne peut refuser un délai. Il ne peut laisser expulser et vendre, souvent en faveur d'un créancier qui profitera des dépenses faites dans les lieux ou de la valeur du fonds de commerce (2). »

Deuxième système. — Le juge des référés n' a pas qualité pour accorder un délai de grâce. On fait remarquer, dans cette opinion, que si l'article 1244 du Code civil permet aux juges, en considération de la position du débiteur, d'accorder des délais modérés pour le paiement et de surseoir à l'exécution des poursuites, cette disposition s'applique à deux hypothèses distinctes : 1° au cas où le débiteur est poursuivi en vertu d'un jugement; 2° au cas où il est poursuivi en vertu d'un titre exécutoire autre qu'un jugement.

a Il y a lieu d'observer, dans la première hypothèse,

(1) Bertin, *op. cit.*, t II, n° 197 et 198; — Paris, 16 septembre 1869. *Gaz. trib.* du 17 septembre 1869.

(2) De Belleyme, *op. cit.*, t. I, p. 450.

que l'article 122 du Code de procédure civile impose aux magistrats l'obligation de n'accorder des délais que par le jugement même qui statue sur la contestation. Si donc le jugement est rendu, le tribunal a épuisé son pouvoir de juridiction, et il ne saurait accorder postérieurement un délai pour l'exécution de cette décision (1). Or si un tribunal ne peut accorder de délai dans cette hypothèse, comment le juge des référés aurait-il ce pouvoir ?

b) On admet, au contraire, d'une manière générale, que les juges ont le droit d'accorder des délais au débiteur et de surseoir aux poursuites lorsque la dette résulte d'un titre exécutoire autre qu'un jugement (2). C'est dans cette hypothèse que se pose sérieusement la question que nous discutons.

Or, nous pensons que les textes et les principes s'opposent à ce que le juge des référés puisse accorder des délais. En effet, une demande de délais ne paraît pas être une difficulté d'exécution. Le débiteur qui sollicite un terme n'élève pas une prétention contre le titre du créancier ; il se déclare impuissant à satisfaire, pour l'instant, aux obligations que contient ce titre ; il implore du juge des référés ce que son créancier lui refuse. Il n'est pas douteux qu'une telle demande échappe par sa nature aux termes pourtant très compréhensifs de l'article 806 du Code de procédure ; et on peut dire, à ce point de vue, que le juge des référés ne saurait accorder des délais parce que la loi de son institution ne s'étend pas aux demandes de cette nature.

Nous avons déjà dit plus haut, en examinant la règle de l'article 809 C. pr. que le juge des référés ne devait pas juger le fond du droit ; or, en accordant des délais, il juge la question principale, à tel point que l'intervention du juge

(1) Baudry-Lacantinerie, 4e édit., t. II, n° 1033 ; — Paris, 2 décembre 1871. S. 72. 2. 131.

(2) Aubry et Rau, t. IV, § 319, note 29 ; — Larombière, *Des obligations*, t. III, p. 143 ; — Alger, 17 février 1864. S. 64. 2. 184.

du fond serait sans effet pour le passé et sans portée pour l'avenir (1).

Si les articles 806 et 809 du Code de procédure interdisent au juge des référés d'accorder des délais, qu'importe que l'article 1244 du Code civil donne ce pouvoir *aux juges ;* on n'en saurait tirer un argument d'une valeur quelconque pour décider que cette expression comprend également le juge des référés. Pour soutenir ce système, nous évitons avec soin d'invoquer un argument présenté par M. Arthus (2) et d'après lequel le juge des référés serait incompétent pour accorder des délais, parce que la mission de ce magistrat consiste à favoriser l'exécution des titres et non à la paralyser. C'est là une idée qui n'a sa base ni dans le texte de la loi, ni dans son esprit, car le titre des référés a été établi tant dans l'intérêt du débiteur que dans celui du créancier.

Il faut même reconnaître que si nul motif juridique ne permet au juge des référés d'accorder des délais, il y aurait intérêt à étendre sur ce point les limites de sa compétence.

Les raisons d'utilité invoquées par le président de Belleyme n'ont rien perdu de leur valeur : c'est ce qui explique la jurisprudence constante du juge des référés, à Paris, d'accorder des délais de grâce chaque fois qu'un débiteur digne d'intérêt sollicite cette faveur ; mais, par contre, la Cour de Paris voyant là un acte d'incompétence, ne manque jamais d'infirmer l'ordonnance de référé et de rejeter la demande de délai. Il est vrai que toujours l'arrêt constitue une mesure sans portée, car le délai s'est écoulé durant l'instance d'appel, et la Cour, se trouvant en présence d'un fait accompli, ne peut nullement en modifier les conséquences.

(1) Boitard. Colmet D'Aage et Glasson. *Leçons de procédure*, 15e édit., t. II, n° 1067 ; — Besançon, 10 février 1892. D. P. 94. 2. 169 ; — Orléans, 4 novembre 1896. *Pand. Franç.* 98. 2. 90.

(2) Arthus, *op. cit.*, p. 291.

Troisième système. — Frappé de la force invincible du système qui repousse la compétence du juge des référés au cas de demande de délai, et des inconvénients qu'engendre, en fait, cette théorie, M. Bazot a imaginé un système ingénieux qu'il expose en ces termes : « Que le juge des référés n'ait pas qualité pour accorder lui-même le délai sollicité, je le crois fermement, car il se substituerait ainsi aux juges du fond. Mais du moins s'il reconnaît à la demande d'un délai formée par le débiteur un caractère sérieux, des motifs plausibles, pourquoi ne pourrait-il pas prescrire momentanément la discontinuation des poursuites, afin de permettre aux tribunaux compétents d'accorder ou de refuser le délai réclamé... (1)? »

On ne peut contester qu'il y ait dans ce système une indication précieuse pour le législateur futur ; mais, dans l'état actuel de nos lois, nous ne saurions admettre cette théorie : d'une part, comme nous l'avons expliqué, la demande d'un délai provisoire n'est pas une difficulté d'exécution et, comme telle, elle ne saurait être compétemment soumise au juge des référés ; d'autre part, ne voit-on pas que permettre aux juges des référés d'accorder un délai provisoire, c'est retomber dans le premier système que nous avons refuté? Si on entre en effet dans cette voie, le débiteur ne manquera pas de saisir le tribunal avec une sage lenteur ; et pour peu que ce tribunal soit chargé d'affaires, le délai accordé provisoirement pourra être plus long que celui que le juge du fond aurait voulu accorder : c'est-à-dire que le juge des référés aura rendu une décision définitive, irrémédiable.

SECTION III

Le juge des référés ne peut prononcer une condamnation.

La question qui fait l'objet de ce chapitre se pose indiffé-

(1) Bazot, *op. cit.*, p. 332.

remment qu'il s'agisse des référés en cas d'urgence ou des référés sur les difficultés d'exécution ; elle s'agite dans chaque ordonnance du référé, c'est dire quelle présente un intérêt pratique des plus considérables.

A n'envisager cette question qu'à la lumière des principes que nous avons mis en relief, la solution ne saurait être douteuse.

Nous avons dit, en étudiant les règles posées par les articles 806 et 809, que le juge des référés ne pouvait rendre qu'une décision provisoire qui ne devait *faire aucun préjudice au principal* et qui devait *laisser quelque chose à juger par les juges du fond.*

Or, il n'est douteux qu'une condamnation soit à une provision alimentaire, soit à des dommages-intérêts, soit aux dépens est une mesure définitive qui épuise le fond de droit et ne laisse rien à juger.

a. — Cependant, il n'est pas rare que le juge des référés, placé en présence d'une situation digne d'intérêt, prononce une condamnation de cette nature. C'est ainsi que la Cour de Paris a confirmé un jugement de référé adjugeant à une veuve trois mille francs à titre de *provision alimentaire* par le motif que « jusqu'à la confection de l'inventaire d'une succession les premiers juges ont toujours le droit de statuer en état de référé sur toutes les mesures provisoires qui peuvent intéresser la veuve, les héritiers et les créanciers (1).

Quoi qu'en pensent MM. Dalloz, nous croyons que le tribunal comme la Cour, statuant en référé, ont outrepassé les limites de leur compétence ; l'adjudication d'une provision alimentaire constitue, de même que l'adjudication d'une pension alimentaire. une mesure définitive et par suite ne semble pas rentrer dans les attributions du juge des référés.

Aussi ne pouvons-nous qu'approuver, comme conforme

(1) Paris, 11 fructidor an XIII. D. A., v° *Référé*, n° 123.

aux vrais principes, un arrêt de la Cour de Toulouse décidant qu'une demande de pension alimentaire, même formée à titre provisoire, ne peut faire l'objet d'un référé (1).

b. — Il est assez rare que le juge des référés soit appelé à prononcer uue condamnation à des dommages-intérêts en réparation d'un préjudice causé ; nous ne connaissons à cet égard qu'un arrêt de la Cour de Paris (2) qui a accordé des dommages-intérêts à une caissière expulsée à tort, pour le préjudice résultant de l'expulsion ; le plus souvent on conclut devant le juge des référés à des dommages-intérêts tendant à assurer l'exécution de l'ordonnance.

La Cour de Douai, dans un arrêt récent (3), a confirmé une ordonnance de référé ordonnant une consignation « à peine de 50 francs par chaque jour de retard » ; mais sentant l'objection qui pouvait être faite, elle a nettement déclaré que ce n'était pas là une allocation de dommages-intérêts à l'une des parties, ce qui serait évidemment en dehors de la compétence du juge des référés ; que cette astreinte destinée à assurer l'exécution d'une mesure toute conservatoire ne touchait pas au fond du débat qui avait été renvoyé devant les juges compétents. L'arrêt ajoutait qu'il fallait bien accorder cette faculté au président, à moins de rendre illusoire son droit d'ordonner des mesures conservatoires, qui, autrement, resterait sans aucune sanction.

Cette décision déférée à la Cour suprême a été cassée et avec raison à notre avis.

La Cour de cassation a fait justice de la distinction entre les dommages-intérêts accordés directement à la partie et ceux qu'elle pourrait toucher indirectement par suite de la non-exécution de l'ordonnance par la partie adverse ; il est évident que cette allocation de dommages-intérêts, quelle qu'en soit la cause, constitue une condamnation qui ne peut

(1) Toulouse, 21 août 1838. S. 40. 2. 470.
(2) Paris, 1er février 1873. S. 73. 2. 87.
(3) Douai, 4 mai 1896. D. P. 98. 2. 357.

être prononcée en référé : « Attendu, porte l'arrêt de la Cour de cassation, que le juge des référés ne pouvant rendre des décisions faisant préjudice au principal est incompétent pour prononcer une condamnation à des dommages-intérêts (1). »

Cette doctrine nettement posée par la Cour suprême était déjà enseignée par la doctrine (2).

c. — La condamnation aux dépens donne lieu à des difficultés plus considérables et la jurisprudence et la doctrine sont très divisées sur cette question.

Dans un premier système, soutenu par M. Bertin (3), on fait remarquer qu'il est équitable et rationnel de permettre au juge des référés de condamner aux dépens la partie qui succombe.

En effet, dit-on, quelle est, quant aux dépens, la situation des plaideurs qui ont obtenu gain de cause en référé? Si aucune condamnation aux dépens n'a été prononcée, ils sont dans la nécessité de faire un nouveau procès et d'obtenir un second jugement.

En droit, du reste, il y a lieu d'appliquer l'article 130 du Code de procédure civile qui dispose « que toute partie qui succombera sera condamnée aux dépens ». Il y a dans ce texte une disposition générale qui doit s'appliquer à moins qu'il n'y ait une exception écrite dans la loi; or cette exception n'existe pas pour les matières de référé.

Divers arrêts de Cour d'appel ont consacré ce système (4).

La Cour de cassation s'est ralliée également à cette doctrine. Sur le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Lyon du 17 août 1883, qui avait condamné aux frais d'un référé un sieur Dubois, elle a rendu un arrêt ainsi motivé : « Atten-

(1) Cass., 10 juin 1898. D. P. 98. 1. 536.

(2) Bertin, *op. cit.*, nos 75 et suiv.; — Garsonnet, *op. cit.*, t. VII, p. 302, note 29.

(3) Bertin, *op. cit.*, nos 268 et suiv.

(4) Chambéry, 27 juillet 1898. D. P. 99. 2. 352; — Bordeaux, 31 janvier 1899. D. P. 99. 2. 112.

du que Dubois ayant mal à propos, soit en première instance, soit dans les conclusions déposées devant la Cour d'appel, contesté la compétence du juge des référés, l'arrêt attaqué a pu condamner ledit Dubois en tous les dépens tant de première instance que d'appel (1). »

On peut déduire de cet arrêt une théorie générale de la Cour suprême sur la question, car le motif sur lequel était basée la condamnation aux dépens est indifférent à la solution consacrée : dans l'espèce, le plaideur qui succombait avait contesté la compétence ; mais rien n'eût été changé s'il eût contesté l'utilité de la mesure sollicitée du juge des référés.

Cette décision de la Cour de cassation ne saurait nous convaincre, car elle n'indique aucune raison juridique sur laquelle elle puisse s'appuyer ; et de plus elle est en contradiction avec le principe qui interdit au juge des référés de faire préjudice au principal et que la Cour suprême invoque elle-même dès qu'il s'agit d'interdire au juge des référés une condamnation à des dommages-intérêts. Il y a lieu de remarquer en outre que les conclusions de M. l'avocat général Charrins étaient contraires à la solution consacrée par l'arrêt que nous venons de rapporter.

Le second système auquel nous nous rallions nous semble le plus juridique ; il refuse au juge des référés le droit de statuer sur les dépens (2).

La condamnation aux dépens étant, d'une part, une mesure définitive et, d'autre part, une mesure qui porte préjudice au principal, les articles 806 et 809 du Code de précédure civile s'opposent à ce que le juge des référés puisse la prononcer.

C'est en vain qu'on objecte l'article 130 du Code de procédure ; car il s'agit d'un texte général, auquel déroge le principe spécial aux référés de l'article 809.

(1) Cass., 23 mars 1886. D. P. 86. 1. 408.
(2) Garsonnet, *op. cit.*, t. VII, p. 302 ; — Bioche, *Dict. de procédure*, v° *Référé*, n° 301.

En outre, comme le dit un arrêt de la Cour de Douai, « les dépens sont un accessoire du principal, dont ils suivent le sort (1) ». On répond à cela qu'il arrive souvent qu'il n'y a pas de principal, et que c'est alors que naît la difficulté de savoir qui paiera les dépens, si le juge des référés ne l'a pas décidé. Mais, théoriquement, en droit, le provisoire suppose toujours un principal, et toutes les ordonnances portent en effet, « *au principal, renvoyons les parties à se pourvoir* et cependant, dès à présent et par provision, disons : ... » qu'importe donc au point de vue de la solution juridique de notre question que les parties saisissent ou non le tribunal de la question principale ? C'est là un point de fait qui ne saurait avoir une influence quelconque sur la solution à admettre.

Nous devons, du reste, reconnaître l'inconvénient qui résulte de ce système. Et toutefois, il est rare que le plaideur qui a succombé et qui ne juge pas utile de se pourvoir au principal devant le tribunal se refuse à payer les frais du référé ; la pratique ne nous en a pas fourni d'exemple.

Un troisième système, suivi à Paris, refuse au président, jugeant en référé, compétence pour statuer sur les dépens ; mais permet à la Cour saisie de l'appel d'une ordonnance de référé de prononcer cette même condamnation ; parce que, dit de Belleyme, cité par Chauveau (2), la Cour a un pouvoir souverain et parce que le provisoire peut devenir définitif.

Cette pratique bâtarde ne nous paraît pas juridique; la Cour d'appel statuant en référé ne peut pas plus que le président faire préjudice au principal ; s'il est vrai, en fait, que le provisoire peut devenir définitif, cela est vrai aussi bien devant le président que devant la Cour ; enfin, quant à l'article 149 du tarif qu'invoque M. Gérard (3), s'il porte que *la*

(1) Douai, 4 mai 1896. D. P. 98. 2. 357.
(2) Chauveau, *Supplément*, n° 2754 *ter*.
(3) Gérard, *op. cit.*, p. 93.

liquidation des frais faits sur les appels d'ordonnances de référé aura lieu comme en matière sommaire, il ne dit pas que la Cour aura le droit de prononcer la *condamnation* contre une partie.

La règle d'après laquelle le juge des référés ne peut pas prononcer une condamnation aux dépens nous paraît recevoir exception au cas où ce juge est investi par un texte spécial de loi du pouvoir exceptionnel de trancher *définitivement* un litige, comme en matière de délivrance de se conde grosse, par exemple (art. 845 C. pr. civ.); dans ces cas, le principe de l'article 130 C. pr. civ. reprend son empire (1).

(1) Trib. civ. Seine, 21 octobre 1899. *Gaz. trib.*, 19 janvier 1900.

CHAPITRE VII

Le juge du principal ne dessaisit pas le juge des référés.

La règle dont nous abordons l'étude est formulée par la majorité des auteurs, en sens inverse de celui sous lequel nous la présentons; et par conséquent, comme un principe restrictif de la compétence du juge dés référés, exprimé en ces termes dans le *Supplément au répertoire* de Dalloz : « c'est un principe universellement admis que lorsque le tribunal civil est saisi, son président ne peut plus statuer en référé, même à titre provisoire (1). »

Les règles dont nous avons plus haut déterminé le sens, la portée et les applications avaient une base certaine dans les textes; soit dans l'article 806 soit dans l'article 809; il n'en est pas de même du prétendu principe dont nous abordons l'étude; et ses partisans seraient fort en peine d'en trouver le germe dans la loi.

Certains auteurs, sentant toute la faiblesse de la simple affirmation des arrêts, ont voulu cependant le rattacher à une théorie juridique.

Ils ont invoqué : 1° la litispendance; 2° la connexité; 3° les principes de notre organisation judiciaire qui s'opposent à un conflit de juridictions saisies de la même demande (2).

Il y a litispendance, et le renvoi peut être demandé lorsqu'il a été formé précédemment en un autre tribunal une demande pour *le même objet* (art. 171 C. pr. civ.).

(1) Dalloz Alph., *Supplément*, v° *Référé*, n° 81.
(2) Gérard, *op. cit.*, p. 188.

Il y a connexité toutes les fois que deux tribunaux sont saisis sinon des mêmes demandes, comme en matière de litispendance, du moins de demandes ayant entre elles une liaison si étroite que le jugement de l'une doit exercer sur le jugement de l'autre une influence plus ou moins décisive (1).

A raison de leur définition même, ces deux exceptions ne sauraient être invoquées en faveur du principe que nous combattons.

Nous avons établi, en effet, que le juge des référés est incompétent pour connaître du fond du droit, dont seul le tribunal peut connaître; l'un est institué pour connaître du provisoire et l'autre du principal; jamais en conséquence les demandes dont ils seront saisis n'auront le même objet; et s'il arrivait que le juge des référés fût saisi d'une demande au principal il n'y aurait pas à craindre de contradiction entre sa décision et celle du tribunal, puisqu'il devrait en raison des règles formelles de sa compétence, déclarer qu'il n'y a lieu à référé. D'où nous concluons que l'exception de litispendance ne s'oppose pas à ce que le juge des référés statue au provisoire alors que le tribunal est saisi du principal.

L'exception de connexité s'y opposerait-elle? Nous ne le pensons pas : la règle dominante de la compétence du juge des référés est l'urgence ; il peut être immédiatement saisi et il peut rendre de suite sa décision, qui précédera celle du tribunal. Or, nous avons admis que cette décision ne lie nullement le tribunal pour l'appréciation du litige au fond; qu'avant comme après, le tribunal juge comme il l'entend. S'il en est ainsi, sa décision ne peut donc avoir aucune influence sur celle du tribunal, et on ne saurait comprendre, par suite, que l'exception de connexité puisse recevoir son application.

(1) Nancy, 5 juin 1869. D. P. 72. 2. 115.

C'est pour la même raison qu'on ne saurait admettre que les principes de notre organisation judiciaire s'opposent à ce que le juge des référés soit saisi alors que le tribunal l'est déjà : le conflit ne peut exister que lorsque deux juridictions sont saisies de la *même demande ;* or, en cette matière, les deux juridictions sont saisies de deux demandes différentes et la décision du juge des référés ne peut jamais lier le tribunal.

Malgré l'absence de toute base juridique, ce système a été consacré notamment par un arrêt de la Cour de cassation, qui ne donne, du reste, aucune raison de cette solution : « Attendu, dit-elle, que l'instance préexistante au référé introduite par le demandeur et non encore terminée créait pour le juge des référés le devoir de renvoyer les parties devant le juge déjà saisi de la demande principale (1). » De nombreuses décisions se sont ralliées à ce système(2).

La thèse contraire peut s'appuyer sur ce principe incontestable qu'en droit ce qui n'est pas défendu est permis. Or nous venons de démontrer qu'aucun principe du droit civil ne dessaisit le juge des référés quand le tribunal est saisi.

L'article 806 est au contraire conçu dans les termes les plus généraux ; il attribue compétence au juge des référés « *dans tous les cas d'urgence* » et la portée de ce texte n'est atténuée par aucune règle restrictive concernant le point qui nous occupe.

Comme le dit fort bien M. Bertin : « Il n'est pas probable que le législateur de 1806 ait institué une juridiction spéciale pour soustraire le créancier aux lenteurs et aux frais d'un procès et qu'il ait laissé aux parties intéressées le droit de rendre complètement illusoires les garanties qu'il

(1) Cass., 17 décembre 1860. D. P. 61. 1. 300.

(2) Paris, 2 janvier 1883. D. P. 83. 2. 141 ; — Trib. civ. Narbonne, 15 novembre 1899. *La Loi,* 12 décembre 1899.

avait créées pour la prompte exécution des titres exécutoires (1). »

S'il fallait, lorsque le tribunal est saisi, renoncer à la juridiction des référés, il en résulterait souvent de graves inconvénients ; l'article 337 du C. pr. civ. et l'article 70 du décret du 30 mars 1810 exigent en effet un délai de trois jours entre l'avenir de l'audience et le jugement ; or, il est des cas où ce délai sera de nature à causer aux parties le plus grave préjudice.

D'autre part, le tribunal ne peut ordonner l'exécution provisoire que dans des cas dont le nombre est très restreint ; tandis que les ordonnances de référé sont de plein droit exécutoires par provision.

Enfin, comme le fait remarquer avec raison M. Bertin, les deux actions sont absolument différentes ; celle portée devant le juge des référés a pour seul objet la continuation des poursuites d'exécution, et celle portée devant le tribunal l'examen de la question principale de savoir si le titre du poursuivant est valable, si la procédure d'exécution est régulière, si le revendiquant est propriétaire de la chose revendiquée.

Nous ajouterons qu'il en est de même au cas d'urgence ; le juge des référés doit également apprécier l'opportunité d'une mesure provisoire et le tribunal statuer sur le fond du débat.

Ces considérations d'ordre différent l'ont quelquefois emporté, en jurisprudence, sur la théorie restrictive que nous combattons.

Nous avons cité au cas d'urgence un arrêt de la Cour suprême du 17 février 1874, qui, en matière de saisie-arrêt, autorisait le débiteur saisi à toucher provisoirement, à titre alimentaire, les quatre cinquièmes de ses appointements,

(1) Bertin, *op. cit.*, p. 125, n° 173.

alors cependant que le tribunal était déjà saisi de la demande principale en validité de la saisie (1).

M. Bazot cite, en matière d'exécution, un arrêt de la Cour de Paris du 25 novembre 1871, qui reconnaît formellement la légitimité d'un référé introduit au cours d'une instance principale pendante devant le tribunal (2).

Nous ajouterons à ces citations un arrêt récent de la Cour de Bordeaux, dont les termes résument fort bien ce que nous avons exposé à ce sujet : « Attendu, porte cet arrêt, que la compétence du juge du référé ne cesse pas quand le demandeur a d'autres moyens pour obtenir satisfaction, car rien ne peut lui enlever l'option qui lui appartient entre la voie expéditive et sommaire du référé et une autre procédure ; que ce serait ajouter à la loi que de décider que la voie du référé est non recevable par le seul fait qu'une instance est actuellement engagée sur le fond du débat ; on fournirait ainsi au défendeur un moyen trop facile d'éluder cette juridiction (3). »

C'est à cette théorie que s'est également rallié M. Garsonnet : « Je crois, dit-il, qu'on ajouterait arbitrairement au texte de l'article 806 en déclarant l'assignation en référé non recevable par cela seul qu'une instance est actuellement engagée sur le fond du débat ; qu'on fournirait ainsi au défendeur un moyen trop facile d'éluder cette juridiction (4).

Telle est, croyons-nous, la solution que commandent les vrais principes ; il est à souhaiter dans l'intérêt des justiciables que la jurisprudence les consacre à la place d'une théorie sans base, en droit, et qui conduit, en fait, à des conséquences inacceptables.

(1) Cass., 17 février 1874. D. P. 74. 1. 444.
(2) Bazot, *op. cit.*, p. 247.
(3) Bordeaux, 31 janvier 1899. D. P. 1899. 2. 112.
(4) Garsonnet, *op. cit.*, t. VII, p. 264, § 1460.

TROISIÈME PARTIE

PROCÉDURE

CHAPITRE PREMIER

Conséquences de l'idée d'urgence et du principe que l'ordonnance ne fait pas préjudice au principal.

Le but de la juridiction des référés étant de procurer aux justiciables une solution immédiate, il était nécessaire de débarrasser cette procédure des formes compliquées et des lenteurs qui en résultent, sous peine d'en voir disparaître l'utilité. C'est en s'inspirant de cette idée, que le législateur a dispensé le demandeur en référé de citer son adversaire en conciliation; qu'il a réduit le délai de l'assignation; qu'il a supprimé la formalité de la mise au rôle et des plaidoiries; qu'il a permis l'exécution de l'ordonnance sur minute nonobstant appel dans les cas d'extrême urgence; qu'il a prohibé la voie de recours de l'opposition; réduit le délai ordinaire de l'appel comme nous le verrons dans les chapitres spéciaux qui vont suivre.

C'est sous l'empire de la même idée qu'il a modifié la compétence *ratione personæ* du juge des référés; et c'est en obéissant à cette préoccupation nettement précisée et sous le bénéfice du principe que les ordonnances de référé ne font aucun préjudice au principal, que les auteurs et la jurisprudence ont pu décider que les incapables peuvent

paraître en référé sans l'assistance des personnes que la loi a placées près d'elles pour la sauvegarde de leurs droits.

C'est à la lumière de ces principes que nous allons chercher à dégager et à expliquer les règles de cette procédure.

SECTION PREMIÈRE

Compétence *ratione personæ* du juge des référés.

Cette compétence n'étant déterminée par aucun texte, certains arrêts ont décidé qu'il y avait lieu de s'en tenir aux principes généraux de l'article 59 du Code de procédure qui prescrit d'assigner le défendeur :

En matière personnelle devant le tribunal de son domicile ;

En matière réelle devant le tribunal de la situation de l'objet litigieux ;

En matière mixte devant le juge de la situation ou devant le juge du domicile du défendeur.

C'est notamment la solution consacrée par un arrêt de la Cour de Paris basé sur les motifs suivants : « Considérant, en fait, que l'action que B... soutient avoir à exercer contre V... est essentiellement personnelle et mobilière ; en droit : considérant qu'il est de principe et de règle absolue que le juge des référés doit appartenir à la juridiction compétente pour connaître du fonds du procès... ; qu'on ne saurait invoquer à l'appui de l'exception que l'intimé prétend exister au principe ci-dessus rappelé les dispositions de l'article 554 C. pr. civ., applicable seulement aux difficultés relatives à l'exécution par voie parée des jugements ou actes authentiques, qui présentent toujours un caractère essentiel d'urgence... (1). »

(1) Paris, 13 novembre 1894. D. P. 95. 2. 152.

Il résulte de cette décision qu'en raison d'un prétendu principe que nous avons combattu en étudiant la compétence *ratione materiæ* du juge des référés, et qui n'est du reste écrit nulle part, les règles ordinaires de la compétence devront toujours être suivies. Cette solution absolue détruirait dans bien des cas toute l'utilité des référés. La Cour de Paris elle-même a pensé que la formule de cet arrêt était excessive et dans une décision postérieure (1) elle y a apporté une restriction considérable. Après avoir rappelé le principe que le juge des référés doit appartenir à la juridiction compétente pour connaître du fond du procès, l'arrêt ajoute : « *à moins qu'il ne s'agisse d'excessive urgence rendant indispensable la mesure sollicitée ou ordonnée par le juge des référés.* ».

Cette rectification de la formule de l'arrêt de 1894 introduit dans la jurisprudence de la Cour de Paris une exception qui démontre qu'en fait on ne saurait, dans tous les cas, l'accepter sans craindre de nuire aux justiciables, mais une telle exception est incompréhensible en droit.

Car de deux choses l'une : ou l'article 59 C. pr. civ. doit s'appliquer en matière de référés, et alors il y a lieu de l'appliquer dans toutes les hypothèses ; ou ce texte est sans application à raison même de la rapidité de la procédure. Mais il est imposible d'admettre une exception à l'article 59, sans un texte qui la consacre d'une manière formelle.

Malgré l'avis contraire de nombreux auteurs (2), nous pensons qu'il y a lieu de se rallier à l'opinion qui décide que les règles de l'article 59 C. pr. civ. sont inapplicables en matière de référé.

Ce système, qui a été consacré par la Cour suprême, repose sur l'interprétation de l'article 554 du Code de procédure qui décide « que si les difficultés élevées sur l'exécution des jugements ou actes requièrent célérité, le tribunal du lieu

(1) Paris, 4 août 1897. D. P. 98. 2. 62.
(2) Chauveau, quest. 2764 *bis* ; — De Belleyme, t. I, p. 400.

y statuera provisoirement et renverra la connaissance du fond au tribunal d'exécution ».

Ce texte a été remplacé, tout le monde l'admet, par l'article 806, qui, au tribunal, a substitué le juge des référés; mais il reste intact dans la partie qui attribue au juge du lieu la connaissance des difficultés auxquelles il fait allusion. La volonté de la loi, dit M. Bertin, a été que les contestations relatives à l'exécution fussent jugées par l'autorité judiciaire qui était la mieux placée pour donner une prompte solution à des difficultés qu'il s'agissait de résoudre (1).

La Cour de casation n'a pas hésité à consacrer cette doctrine dans les termes suivants : « Attendu que de l'article 806 du Code de procédure, combiné avec l'article 554, il résulte que, lorsqu'il y a lieu à référé sur l'exécution d'un jugement, cette procédure doit être suivie devant le juge du lieu (2). »

La solution admise dans cette hypothèse dictait celle à admettre aux cas d'urgence.

En effet, si d'une part le législateur a voulu que, dans une hypothèse où l'urgence peut ne pas exister, le juge des référés fût délié des règles du droit commun de l'article 59, comment ne pas admettre, à plus forte raison, qu'il ait entendu le soustraire à ces règles dans les hypothèses où l'urgence existe toujours et où la nécessité d'une solution rapide se fait plus vivement sentir? C'est la théorie qu'a consacrée la Cour suprême, en rappelant la pensée du législateur écrite dans l'article 554 et en faisant remarquer que si au cas d'urgence on n'attribuait pas compétence au juge du lieu « les parties seraient exposées à des retards préjudiciables et que l'intérêt de célérité qui sert de fondement à cette procédure ne recevrait plus satisfaction (3) ».

Le dernier arrêt sur cette question se rallie pleinement à

(1) Bertin, *op. cit.*, nos 242 et suiv.
(2) Cass., 1er décembre 1886. D. P. 87. 1. 404.
(3) Cass., 12 février 1889. D. P. 92. 1. 382.

la solution consacrée par l'arrêt de la Cour suprême dont il reproduit les termes (1).

SECTION II

De la capacité des parties.

S'il était nécessaire au mineur, au prodigue, au faible d'esprit ou à la femme mariée de recourir à l'assistance du tuteur, du conseil judiciaire ou à l'autorisation du mari pour se pourvoir en référé, il arriverait souvent que ces personnes ne pourraient user de cette procédure soit par suite d'une absence momentanée de ceux qui doivent assister ces incapables, soit par suite du refus d'autorisation pour ceux auxquels cette autorisation est nécessaire.

Il en serait de même, en ce qui touche les communes demanderesses, s'il fallait appliquer à la lettre l'article 121 de la loi du 5 avril 1884, aux termes duquel ces personnes morales ne peuvent ester en justice sans autorisation du conseil de préfecture ; et la même difficulté se produirait à l'égard des communes défenderesses, contre lesquelles on ne peut, aux termes de l'article 124 de la même loi, intenter d'action qu'après avoir déposé au préfet ou au sous-préfet un mémoire sur lequel doit statuer le conseil de préfecture dans un délai de deux mois.

Les auteurs sont d'accord pour décider que ces divers incapables peuvent être parties dans un référé comme demandeurs ou défendeurs sans assistance ou sans autorisation (2).

On fait remarquer, d'une part, que la loi n'a soumis les incapables à la nécessité de l'autorisation ou de l'assistance

(1) Rouen, 16 février 1898. D. P. 98. 2. 408 ; — Garsonnet, *op. cit.*, t. VII, p. 284.

(2) Bertin, *op. cit.*, n° 275 ; — Gérard, *op. cit.*, p. 133 ; — Garsonnet, *op. cit.*, t. VII, § 1465.

que pour les instances où le fond du droit est engagé et qu'on se conforme à son esprit en les en dispensant, lorsqu'il s'agit d'obtenir une décision sans influence sur le principal. D'autre part, l'urgence qui justifie la plupart des référés est incompatible avec la nécessité d'une autorisation préalable; et dans bien des cas, si on devait appliquer les règles du droit commun, on serait conduit à refuser l'usage des référés à un grand nombre de justiciables (1).

En dehors de ces raisons tirées de la nature même des référés on trouve dans la loi du 5 avril 1884 un point d'appui solide de cette doctrine: l'article 122 de cette loi décide, en effet, que le maire peut toujours, sans autorisation préalable, intenter toute action possessoire ou y défendre et faire tous actes conservatoires ou interruptifs de déchéance. Or, le référé présente bien des analogies avec les actions possessoires; et il participe de la nature des actes conservatoires en ce qu'il tend le plus souvent à sauvegarder les droits des parties en attendant une solution définitive de la part des tribunaux.

La solution que nous venons de donner s'applique aux faibles d'esprit; mais non aux personnes qui sont dans un état complet et actuel d'aliénation mentale. Ces personnes ne peuvent, aux termes de l'article 1108 du Code civil, émettre aucun consentement; on ne saurait donc leur permettre de former aucune demande, même en référé (2).

En ce qui touche les étrangers, on admet également qu'ils peuvent se présenter devant le juge des référés qui ne saurait se déclarer incompétent à raison de leur nationalité. Cette solution est basée, en cas d'urgence, sur ce qu'il est admis généralement que les tribunaux français ont, entre

(1) Cass., 10 avril 1872. D. 73. 1. 12. — C'est à tort, suivant nous, que la Cour de Bordeaux a décidé que l'assignation donnée à une femme mariée seule, sans que son mari ait été instancié pour l'autoriser, est nulle par application de l'article 215 C. civ.; — Bordeaux, 23 juin 1898. *Pand. Franç.* 99. 2. 251.

(2) Paris, 30 juillet 1828. *D. A.*, v° *Référé*, n° 17.

toutes parties, qualité pour veiller à l'observation des lois d'ordre public, auxquels aucun habitant du territoire français ne peut se soustraire, ne fit-il qu'y passer ; et en matière d'exécution, sur ce que les règles d'exécution forcée font partie des lois de police et de sûreté dont l'article 3 du Code civil oblige les tribunaux français à faire l'application aux étrangers. Un arrêt de la Cour de Lyon, qui consacre cette doctrine, invoque deux raisons d'ordre différent ; il dispose que le juge des référés est compétent pour statuer entre étrangers parce qu'il s'agit d'une simple formalité de justice ; et parce qu'une semblable question ne saurait être agitée sans toucher au fond de la cause (1). Nous faisons toutes réserves quant à la légitimité de ce second motif, car il nous semble que le juge des référés ne fait nullement préjudice au principal, en s'abstenant de juger parce que les justiciables sont de nationalité étrangère.

La plupart des auteurs enseignent que l'étranger demandeur peut être admis à plaider devant le juge des référés, sans être astreint à fournir la caution *judicatum solvi* (2). Cette solution, dit M. Bertin, est commandée par la nature exceptionnelle du référé et la nécessité d'une décision immédiate.

La caution *judicatum solvi* nous paraît surtout avoir pour but d'empêcher de la part des étrangers des procès vexatoires ; c'est donc une mesure de protection ; or la procédure du référé peut être souvent très préjudiciable au défendeur ; et on ne voit pas pourquoi on lui enlèverait, en ce cas, une protection légale que l'article 16 du Code civil, par la généralité de ses termes, établit *en toutes matières*. La jurisprudence belge est en ce sens : un jugement du tribunal de Tongres a consacré cette solution par des motifs identiques à ceux que nous venons d'indiquer (3). On doit décider également

(1) Lyon, 1er avril 1854. D. P. 56. 2. 246.
(2) De Belleyme, t. Ier, p. 454; — Bertin, *op. cit.*, n° 319.
(3) Trib. civ. de Tongres, 26 novembre 1898. S. 99, 4. 40.

aujourd'hui, en vertu de la loi du 5 mars 1895, qui oblige l'étranger demandeur à fournir, en matière de commerce, la caution *judicatum solvi*, que si un étranger forme une demande en référé pour une cause commerciale, ce qui est possible, ainsi que nous l'avons établi plus haut, il devra fournir cette caution (1).

(1) Garsonnet, *op. cit.*, t. VII, § 1465.

CHAPITRE II

Procédure proprement dite

Il existe trois manières d'introduire un référé :

1° Le référé à l'audience dont parle l'article 807 C. pr. civ. ;

2° Le référé sur l'heure, prévu par l'article 808 ;

3° Le référé sur procès-verbal, dont parlent les articles 852, 921 et 944 du même Code.

SECTION PREMIÈRE

Des référés à l'audience ou sur placet.

Ces référés s'introduisent comme les instances ordinaires, par un exploit d'ajournement, signifié à la personne ou au domicile réel du défendeur.

M. Garsonnet estime que cette signification peut être faite également au domicile élu, en vertu du principe général d'après lequel l'élection de domicile est attributive de compétence, et conformément au vœu de la loi qui a voulu simplifier la procédure du référé et donner, par conséquent, au demandeur les plus grandes facilités pour introduire la demande (1).

Cette solution, combattue par la plupart des auteurs (2),

(1) Garsonnet, *op. cit.*, t. VII, § 1467, note 6.

(2) Bertin, *op. cit.*, n° 285; — Bioche, v° *Référé*, n° 255; — Dutruc, *Formul. des huissiers*, p. 726, note 3, n° 1.

ne nous paraît pas admissible : 1° parce que l'élection de domicile n'est attributive de compétence que dans des cas spéciaux ; 2° parce que la signification au domicile élu pourrait présenter de graves inconvénients en cette matière, où le délai de comparution est toujours très restreint.

On est généralement d'accord pour décider qu'une demande ne peut être portée en référé par requête signifiée d'avoué à avoué, même incidemment ; il est nécessaire que la partie elle-même soit assignée (1).

L'assignation est rédigée en la forme ordinaire des exploits ; mais il est inutile qu'elle contienne une constitution d'avoué.

Une controverse assez sérieuse existe sur la question du délai de comparution.

Les uns estiment qu'il y a lieu d'observer le délai de huitaine franche, par application de l'article 72 C. pr. civ., et les délais de distance (2) et aussi parce que l'article 806 C. pr. civ. distinguerait deux espèces de référé : ceux qui requièrent célérité, et ceux qui ne requièrent pas célérité ; pour les premiers, dit-on, on peut abréger les délais de comparution en vertu d'une ordonnance du juge, ce qui prouve que, pour les derniers, on doit observer les délais ordinaires.

Il est facile de répondre à ces arguments : 1° que l'article 72 vise exclusivement les jugements ; 2° quant à la distinction de l'article 808, elle est susceptible d'une autre explication : malgré le délai très court de la comparution en référé, il y peut y avoir des circonstances tellement urgentes qu'il soit nécessaire d'abréger encore ce délai ; 3° enfin ce système

(1) De Belleyme, t. I, p. 402 ; — Garsonnet, *op. cit.*, t. VII, p. 286 ; — Paris, 7 juin 1809. S. à sa date. — On trouve cependant, en sens contraire, un arrêt de la Cour de Caen, du 17 juin 1854 (S. 55. 2. 86), mais cette décision, basée sur un motif d'économie de frais, ne présente aucune valeur juridique.

(2) Bourges, 13 juillet 1830. S. 31. 2. 72.

n'aurait-il pas pour effet de détruire toute l'utilité des référés? Aussi il est généralement abandonné.

Dans un deuxième système, on soutient que le délai de comparution pourrait être réduit à moins d'un jour, en assignant sans permis du président à la plus prochaine audience (1).

Une troisième opinion professée par M. De Belleyme estime qu'il doit toujours y avoir au moins un jour franc entre l'assignation et l'audience; et M. Garsonnet, qui admet la même théorie, ajoute au délai de un jour franc le délai des distances (2).

Ces diverses opinions, qui n'ont aucune base en droit, n'ont pas triomphé en jurisprudence. La plupart des décisions admettent au contraire que le délai de comparution est abandonné à l'appréciation discrétionnaire du président (3); et bien que ce système n'ait lui-même aucune base juridique nous croyons que c'est celui qui répond le mieux au vœu de la loi. Comme le dit un arrêt de la Cour de Caen : « Aux termes de l'article 806 C. pr. civ. il n'y a lieu à référé que dans les cas d'urgence, et l'urgence ne comporte pas de délai (4). » Il est bien entendu, du reste, que le président a le droit et le devoir d'annuler une assignation donnée à une date trop rapprochée de l'audience, vu les circonstances (5).

SECTION II

Des référés sur l'heure.

Si le cas requiert célérité, on peut, en vertu de l'article 808 C. pr. civ., porter le référé soit à l'audience, soit à l'hôtel

(1) Carré, *op. cit.*, t. VI, 1re partie, quest. 2767.
(2) De Belleyme, *op. cit.*, t. I, p. 405; — Garsonnet, *op. cit.*, t. VII, p. 287.
(3) Bazot, *op. cit.*, p. 371.
(4) Caen, 9 novembre 1874. D. P. 76. 2. 48.
(5) Paris, 18 juin 1869. D. P. 70. 2. 63.

du président, même un jour de fête et en dehors des heures légales.

Mais l'assignation ne peut être donnée qu'en vertu d'une ordonnance du président qui commet un huissier pour délivrer l'exploit.

Cette ordonnance est elle-même rendue sur une requête présentée soit par la partie elle-même, soit par un avoué.

Bien qu'on ait prétendu que l'assignation en référé ne serait pas nulle, si elle était donnée d'heure à heure sans le permis du président, ni la désignation d'un huissier commis, ni l'emploi de cet huissier par le demandeur (1), nous ne saurions nous ranger à cette doctrine, car les termes de l'article 808 sont absolument impératifs : « dans ce cas, dit ce texte, l'assignation ne pourra être donnée qu'en vertu de l'ordonnance du juge (2). »

Qu'il s'agisse de référés portés à l'audience ou de référés sur l'heure, l'assignation produit des effets identiques ; mais on n'est pas d'accord sur l'étendue de ces effets et on discute plus spécialement les deux questions suivantes :

1° L'assignation en référé est-elle interruptive de prescription ?

2° Est-elle suspensive ?

A. — L'assignation en référé, dit M. Garsonnet, « est interruptive de prescription, car l'article 2244 du Code civil attribue cet effet à toute demande en justice, et l'assignation en référé a certainement ce caractère, si provisoire que puisse être la décision à laquelle elle tend (3). »

L'opinion contraire fait remarquer que l'esprit de l'article 2244 C. civ. ne permet pas de considérer l'assignation en référé comme un acte interruptif de la prescription, car cet

(1) De Belleyme, t. I, p. 407.

(2) Bertin, *op. cit.*, pp. 203 et suiv, ; — Garsonnet, *op. cit.*, t. VII, p. 289 ; — Cass., 6 novembre 1861. S. 62. 1. 150 ; — Paris, 4 janvier 1873. *Gaz. trib.*, 18 janvier 1873.

(3) Garsonnet, *op. cit.*, t. VII, pp. 287 et suiv. : — Boitard, Colmet d'Aâge et Glasson, *op. cit.*, t. II, n° 1069.

article exige que le créancier doit dénoncer au débiteur et manifester l'intention formelle d'exercer son droit soit par un commandement, une saisie, soit au moins par une demande en justice tendant, dès à présent, à la revendication du droit qu'il s'agit de prescrire. On ajoute également que les ordonnances de référé ne pouvant ordonner que des mesures provisoires, on ne peut les considérer comme de véritables jugements, car elles ne statuent pas sur le droit litigieux des parties que celles-ci n'ont pas encore fait valoir et sur l'existence duquel même elles ne sont pas suffisamment éclairées, puisqu'elles demandent des mesures d'instruction propres à les fixer sur ce point (1).

Cette dernière théorie, qui nous paraît la seule admissible, n'est pas cependant absolue ; elle devrait recevoir exception si le demandeur en référé, au lieu de conclure simplement à une mesure provisoire, avait conclu au fond ; on se trouverait en effet dans l'hypothèse d'un juge incompétent et il y aurait lieu d'appliquer l'article 2246 C. civ., aux termes duquel la citation donnée même devant un juge incompétent interrompt la prescription (2).

B. — Lorsque l'assignation tend à la discontinuation de poursuites exercées par le défendeur au référé, ce défendeur n'est pas obligé de suspendre les poursuites ; s'il les continue il ne s'expose pas, *ipso facto*, à des dommages-intérêts ; il n'en est passible que si l'ordonnance qui intervient sur l'assignation prononce la discontinuation des poursuites comme faites à tort (3).

Comme conséquence, si la demande est repoussée par le juge des référés, l'officier ministériel n'est point répréhensible pour avoir continué l'exécution (4).

(1) Cass., 5 juin 1883. D. P. 83. 1. 373, — et les conclusions de M. l'avocat général Desjardins, sous Cass , 5 août 1879. D. P. 80. 1. 17.

(2) Paris, 23 janvier 1890. Dall. Alph., *Supplément*, v° *Prescription civile*, n° 347.

(3) Bioche, v° *Référé*, n° 259.

(4) De Belleyme, *op. cit.*, t. I, p. 402 ; — Caen, 10 avril 1827, *Pal.* à sa date.

SECTION III

Référés sur procès-verbaux.

Ces référés prennent naissance au cours d'une procédure d'exécution pratiquée par un huissier ou au cours d'une apposition ou levée de scellés par un greffier et enfin pendant un inventaire par un notaire.

Au moment où ces divers officiers ministériels procèdent à ces opérations, dont ils dressent procès-verbal, si une difficulté vient à se produire de la part d'un intéressé, ils ordonnent sur le procès-verbal qu'ils se transporteront en référé, devant le président, et ajournent les parties à jour et heure fixes devant le même magistrat.

Toutefois, dit M. de Belleyme, l'ajournement sur procès-verbal d'huissier doit être donné dans la forme des exploits (1).

Lorsqu'il s'agit d'un référé sur procès-verbal, y a-t-il lieu d'appliquer la disposition de l'article 808 C. pr. civ., qui ne permet d'assigner en dehors du jour d'audience, qu'en vertu d'un permis de président et par huissier commis?

Pour soutenir l'affirmative, on invoque la généralité des termes de l'article 808 ; et cette solution rigoureuse a été consacrée par deux arrêts de la Cour de Paris (2).

Dans le sens de la négative, on invoque les précédents historiques ; l'article 9 de l'Édit de 1685 permettait, en effet, l'ajournement sur procès-verbal d'exécution sans autorisation du juge. D'autre part, on fait remarquer que les articles 852, 921 et 944 C. pr. civ. disposent que, dans les cas qu'ils déterminent, le juge des référés devra statuer *sur-le-champ*, ce qui indique suffisamment qu'il n'y a pas

(1) De Belleyme, *op. cit.*, t. I, p. 408.

(2) Paris, 29 novembre 1866 et 21 janvier 1867, rapportés par M. Bertin, *op. cit.*, p. 206.

lieu de recourir à l'autorisation préalable. Or, ce que ces textes édictent pour des cas particuliers doit être généralisé et appliqué à tous les cas de référés sur procès-verbaux ; cette interprétation extensive ne saurait être mise en doute en présence des termes de l'article 922 C. pr. civ. qui édicte des formalités applicables « soit en matière de scellés soit *en autre matière* ». Enfin, il y a lieu d'observer qu'en fait les parties intéressées sont toujours averties de la date du référé qu'elles ont provoqué; et on ne s'expliquerait pas l'utilité d'une permission du juge et d'une commission d'huissier, destinées à assurer la remise de l'assignation à une partie qui connaît d'avance la date de sa comparution (1).

Ces deux solutions nous paraissent inexactes et la question doit à notre avis être résolue par la distinction suivante :

Si le juge des référés est saisi par *la réquisition* portée au procès-verbal, ajournant les parties devant lui pour une date certaine, *mais sans assignation*, nous estimons, en raison des motifs que nous venons d'énoncer, qu'il n'y a pas lieu d'obtenir d'autorisation du juge ni de commission d'huissier ; car on est ici en dehors des termes de l'article 808 C. pr. civ.

Mais si, au contraire, l'officier public a délaissé les parties à se pourvoir elle-même, *par assignation*, l'article 808 reprend son empire, car les motifs qui l'ont fait édicter se présentent ici avec toute leur force.

Telle paraît être, du reste, la jurisprudence de la Cour de Paris, qui, dans les arrêts rapportés par M. Bertin et relatifs à des référés sur procès-verbaux, applique l'art. 808 C. pr. civ., en annulant une ordonnance rendue sur assignation délivrée sans permis; et qui, dans un arrêt postérieur, écarte l'application de ce texte et ne prononce pas la nullité de l'ordonnance en spécifiant « que l'ordonnance

(1) Bertin, *op. cit.*, pp. 305 et suiv.

a été rendue *non en vertu d'une assignation* donnée par Perrelle à Thiriet, ainsi que l'appelant l'énonce à tort dans ses conclusions, *mais sur le procès-verbal* de Jozon, notaire » (1), ce qui laisse supposer que la solution de la Cour de Paris eût été différente, en ce dernier cas, si le juge eût été saisi par une assignation.

SECTION IV

Des mesures d'instruction.

Les règles fondamentales de l'instruction s'appliquent en général à la procédure du référé; aussi nous abstiendrons-nous de les énumérer; il nous paraît plus simple d'indiquer les règles qui font exception au droit commun.

a. — Nous citerons en premier lieu celles qui touchent la publicité de l'audience. S'il est constant que l'audience des référés tenue au jour fixé par le tribunal doit être publique, il en est autrement lorsque le référé est porté à l'hôtel du président (2).

b. — L'assistance du greffier, indispensable au cas de référé porté à l'audience, ne l'est plus quand il s'agit d'un référé sur l'heure; le président peut, dans ce cas, écrire lui-même son ordonnance et la déposer au greffe; ou la remettre au demandeur pour qu'il puisse en poursuivre l'exécution; dans les référés sur procès-verbaux, on doit décider, par application des articles 922 et 944, que le président doit procéder seul et transcrire son ordonnance sur le procès-verbal de l'officier public; et, en ce cas, cette ordonnance n'est pas déposée au greffe.

c. — Le président peut statuer en référé un dimanche ou un jour de fête légale : 1° s'il s'agit d'un référé sur le

(1) Paris, 19 août 1882; rapporté dans Rousseau et Laisney, 1882, p. 407.
(2) Garsonnet, *op. cit.*, t. VII, p. 292.

procès-verbal d'une opération autorisée le dimanche, par exemple, une réclamation de propriété, par un tiers, au moment d'une vente ou d'une adjudication devant notaire, qui ont lieu le dimanche à la campagne; 2° si le président en cas d'extrême urgence, a permis d'assigner en référé à l'hôtel et sur l'heure un dimanche ou jour de fête légale (1).

d. — Le ministère des avoués n'est pas nécessaire devant le juge des référés; les parties peuvent se présenter elles-mêmes ou par un fondé de pouvoirs devant ce magistrat comme elles le feraient devant le juge de paix; en pratique, les parties constituent le plus souvent avoué; mais ceux-ci, surtout à Paris, se font remplacer par leurs clercs, sans pouvoir. C'est là une pratique que rien, dans la loi, ne légitime (2).

e. — La communication au ministère public n'existe pas; ce qui s'explique, dit M. Garsonnet, par ce fait que l'ordonnance ne doit pas préjudicier au principal (3). Toutefois, nous pensons que lorsque sa présence peut être utile, et notamment lorsqu'il y a lieu d'élever le conflit devant le juge des référés, l'assistance d'un membre du ministère public devient obligatoire: telle est également la solution d'un avis du Comité de législation au Conseil d'État en date du 3 mai 1844 qui décide : 1° que le conflit peut être régulièrement élevé devant le juge des référés; 2° que l'administration publique, n'ayant aucun moyen d'empêcher qu'on la cite en référé, ne peut empêcher l'exécution provisoire d'une décision rendue contre elle qu'en élevant le conflit sur les questions qui lui paraissent être de la compétence administrative (4); 3° que rien ne s'oppose à ce que le procureur de la République assiste au référé; qu'il doit y assister

(1) De Belleyme, *op. cit.*, t. I, p. 408.
(2) De Belleyme, *op. cit.*, t. I, p. 409.
(3) Garsonnet, *op. cit.*, t. VII, p. 293.
(4) Dufour, *Droit administratif*, t. III, n° 529.

lorsque l'État est en cause, conformément aux articles 83 et 112 C. pr. civ.

f. — La formalité de la mise au rôle n'existe jamais en cette matière.

g. — Les règles ordinaires du défaut y sont sans application: si aucune des parties ne se présente, il n'y a pas lieu de statuer; si le défendeur fait défaut le président peut ordonner sa réassignation; les règles du défaut profit-joint sont inapplicables: 1° parce qu'elles retarderaient la solution d'une affaire urgente qui ne compromet pas le fond du droit; — 2° parce que le défaut profit-joint n'a pour but que de remédier aux inconvénients de l'opposition qui d'après l'article 809 C. pr. civ. n'existe pas en cette matière (1).

h. — Enfin si le président ordonne une expertise, il n'est pas obligé de nommer trois experts: il peut n'en nommer qu'un seul; et même d'office le dispenser du serment (2).

SECTION V

Des ordonnances.

§ 1er. — DE LEUR FORME

Les ordonnances de référé ont la forme des jugements; toutefois, elles en diffèrent par certaines particularités qu'il nous faut indiquer:

1° M. de Belleyme enseigne que les ordonnances ne doivent pas être précédées de *qualités* (3). Cette opinion nous paraît trop absolue: la vérité est que les qualités ne sont pas rédigées comme celles qui précèdent les jugements, en conformité des articles 141 et suivants du Code de procédure.

(1) Garsonnet, *op. cit.*, t. VII, p. 294.
(2) Angers, 18 janvier 1899, *le Droit*, 24 octobre 1899.
(3) De Belleyme, *op. cit.*, t. I, p. 420.

L'absence possible des avoués à l'audience des référés, le silence du tarif dans le cas où ils y assistent, démontrent que le législateur a entendu soustraire les ordonnances à une formalité dont l'utilité n'est même pas démontrée à l'égard des jugements.

Les qualités des ordonnances sont dictées par le président au greffier; et lorsque le greffier n'assiste pas au référé elles sont écrites par le président lui-même (1).

2° L'article 811 du Code de procédure permet au président, en cas d'absolue nécessité, de déclarer son ordonnance exécutoire par provision sur la minute; d'où découlent les conséquences suivantes:

a) les ordonnances de référé, en ce cas, ne portent pas la formule exécutoire; *b* dans cette même hypothèse, elles ne sont pas déposées au greffe immédiatement, mais seulement après l'exécution ; *c*) enfin ces ordonnances ne sont pas nécessairement signifiées avant l'exécution ; le demandeur n'a en effet intérêt à les signifier, en ce cas, que pour faire courir le délai d'appel.

3° Les ordonnances rendues sur procès-verbal ne sont jamais déposées au greffe : l'article 810 C. pr. civ. ne s'applique qu'aux ordonnances rendues sur assignation (2) ; encore a-t-il été jugé, avec raison, croyons-nous, que l'article 810 C. pr., en disposant que les minutes des ordonnnances seront déposées au greffe, n'en prescrit point le dépôt à peine de nullité (3).

§ 2. — DE LEUR EXÉCUTION

Il y a lieu de distinguer suivant que l'exécution des ordonnances de référé a lieu à l'encontre d'une des parties ou à l'encontre d'un tiers.

(1) Garsonnet, *op. cit.*, t. VII, p. 296.
(2) Garsonnet, *op. cit.*, p. 296.
(3) Paris, 19 janvier 1880. D. P. 93. 2. 337.

a. — *Entre les parties*, ces ordonnances s'exécutent dans la même forme que les jugements, sauf quelques différences que nous allons indiquer :

1° Lorsque le président ordonne l'exécution provisoire sur minute, il n'y a pas lieu de signifier l'ordonnance, et en dehors de cette hypothèse, dans les cas où cette signification est nécessaire, il est inutile qu'il s'écoule un délai de vingt-quatre heures entre la signification et l'exécution (1) ;

2° L'ordonnance est de plein droit exécutoire *sans caution*, à moins que le juge n'ordonne qu'il en soit autrement, elle s'exécute en outre *par provision nonobstant appel* (article 809 C. pr. civ.) ;

3° Les ordonnances de référé rendues par défaut ne se périment pas par six mois, faute d'exécution dans ce délai ; elles peuvent s'exécuter pendant trente ans : l'article 156 est inapplicable, car il prononce une déchéance, et les déchéances sont de droit étroit (2).

4° Les ordonnances de référé ne devant pas faire préjudice au principal (art. 809) n'ont pas l'autorité de la chose jugée ; d'où je déduis les conséquences suivantes : *a*) le juge des référés est bien lié par ses ordonnances comme les juges des tribunaux de droit commun (3) ; mais tandis que ceux-ci, une fois leur jugement rendu, ont épuisé définitivement le droit, le juge des référés après une première ordonnance rendue, peut, les circonstances de fait ayant varié, rendre une nouvelle ordonnance modifiant la première (4) ; *b*) les parties conservent le droit de faire juger par les juges du principal la question posée en référé ; *c*) l'exécution des ordonnances de référé est aux risques et périls de ceux qui la poursuivent ;

(1) de Belleyme, *op. cit.*, t. I, p. 422.
(2) De Belleyme, *op. et loc. cit.* ; — Bioche, v° *Référé*, n° 369.
(3) Dalloz Alph., v° *Référé*, n° 94.
(4) Paris, 27 avril 1884. Dall. Alph., v° *cit.*, n° 94; — Garsonnet, *op. cit.*, t. VII, p. 307.

5° L'ordonnance de référé n'est pas un titre exécutoire ; on ne peut donc faire ni une saisie, ni une autre exécution en vertu de l'ordonnance (1).

b. — *A l'égard des tiers*, l'exécution des ordonnances de référés présente certaines difficultés quand l'ordonnance est déclarée exécutoire par provision nonobstant appel.

Le système le plus généralement admis consiste à dire que les ordonnances de référé ne seront exécutoires à l'égard des tiers que sur la production du certificat de non-appel de l'ordonnance, exigé par l'article 548 C. pr. civ. A l'appui de cette doctrine, on invoque la généralité des termes de l'article 548 C. pr. et des raisons d'intérêt tant pour les tiers que pour la partie contre qui l'exécution est poursuivie (2).

Mais si on adopte cette opinion, on réduit à néant la portée des ordonnances de référé à l'égard des tiers et l'exécution provisoire nonobstant appel ordonnée par le juge devient une formule sans valeur.

L'argument tiré de la généralité des termes de l'article 548 C. pr. civ. nous semble dépourvu de toute force, car, à notre avis, l'article 809 y apporte précisément une dérogation dans les cas urgents. Quant à l'intérêt des tiers à se refuser à cette exécution, il ne nous apparaît pas très clairement : en payant par ordre de justice, leur responsabilité est à couvert. Quant à la partie défenderesse, elle n'a nul grief à invoquer. Si la somme eût été dans ses mains, elle aurait dû s'exécuter : peut-elle se plaindre si le demandeur a obtenu d'un tiers ce qu'il eût pu exiger incontestablement d'elle-même (3) ?

Parmi les tiers à l'encontre desquels il y a lieu d'exécuter les ordonnances de référé, se trouve souvent la Caisse des dépôts et consignations. A l'égard de cette Caisse, la juris-

(1) De Belleyme, t. I, p. 422.
(2) Paris, 11 juin 1861. D. P. 61. 2. 169 ; 21 janvier 1879. D. P. 79. 1. 376.
(3) Arthus, *op. cit.*, p. 319 ; — Bordeaux, 21 août 1839. D. P. 41. 2. 21.

prudence admet des règles spéciales qu'il nous faut indiquer.

La Cour de cassation avait d'abord considéré la Caisse des dépôts et consignations comme un tiers ordinaire, et décidé que les ordonnances de référé prescrivant un paiement à faire par cette Caisse étaient exécutoires contre elle à la condition d'observer les formalités prescrites par l'article 548 C. pr. civ. (1).

Mais dans des décisions postérieures, et notamment dans un arrêt du 29 novembre 1882, la Cour suprême, faisant intervenir dans le débat les paragraphes 1 et 2 de l'article 15 de l'ordonnance du 3 juillet 1816, qui n'autorisent la Caisse des consignations à se dessaisir des sommes dont elle a reçu le dépôt qu'autant que les réclamants justifient leurs droits et font offre de fournir toutes pièces à l'appui, a décidé que c'était avec raison que cette Caisse refusait de se dessaisir de sommes à elle réclamées sur la seule production d'une ordonnance de référé qui en autorise le retrait et des certificats mentionnés dans l'article 548 C. pr. civ. (2).

Une semblable théorie nous paraît inadmissible ; dès lors qu'un justiciable est porteur d'une ordonnance de référé l'autorisant à retirer de la Caisse une somme en dépôt, il nous semble qu'il justifie de son droit, à moins de décider, contrairement à la loi, qu'une telle ordonnance est sans valeur juridique.

Cette solution de la Cour de cassation est d'autant plus difficile à justifier que la même Cour décide que, lorsque la Caisse a été partie au référé, elle ne peut se refuser à un paiement directement ordonné contre elle par une décision régulière de la justice (3).

L'esprit a peine à concevoir la différence qui peut exister

(1) Cass., 9 juin 1858. D. P. 58. 1. 246.
(2) Cass., 29 novembre 1882. D. P. 83. 1. 109.
(3) Cass., 23 décembre 1867. D. P. 68. 1. 9.

entre une ordonnance de référé rendue contre un tiers, exécutoire contre lui, et une ordonnance de référé où ce tiers a été partie ; la valeur juridique de ces deux décisions paraît identique ; et si on attribue un effet à la seconde, on doit attribuer le même effet à la première.

CHAPITRE III

Solutions possibles de la procédure des référés.

SECTION PREMIÈRE

Renvoi du référé à l'audience.

Lorsque le juge des référés est en présence d'une question de principe importante et difficile ou mettant en jeu des intérêts considérables, ou de l'exécution d'un jugement auquel il n'a pas concouru, si, en un mot, pour une raison quelconque, il n'ose prendre sur lui de décider seul, il renvoie le référé à l'audience (1).

Toutefois, il ne doit que rarement procéder ainsi, car le renvoi du référé à l'audience a le triple inconvénient d'occasionner des retards, de surcharger les audiences et d'augmenter les frais.

On avait contesté la légalité du renvoi des référés à l'audience (2) ; mais cette question n'est pas discutable, l'article 60 du décret du 30 mars 1808 permettant formellement ce renvoi (3).

Ces référés sont portés à la chambre où siège le président et jugés par cette chambre, à moins qu'ils ne soient connexes à une affaire déjà pendante devant une autre chambre.

La manière de saisir le tribunal varie suivant les circonstances :

1° Si les parties ont comparu devant le président et qu'il

(1) De Belleyme, *op. cit.*, t. I, p. 416.
(2) Poitiers, 18 janvier 1825. S. 1826, p. 18.
(3) Cass., 6 mars 1834. S. 34. 1. 152.

les renvoie à un jour déterminé devant le tribunal, elles se trouvent suffisamment intimées à comparaître au jour fixé, en l'absence de toute assignation (1).

C'est à tort, à notre avis, qu'il a été jugé qu'une assignation était indispensable pour saisir, en ce cas, le tribunal du litige (2).

L'arrêt précité de la Cour d'Orléans décide, en tous cas, avec raison, que la comparution des parties à l'audience sans protestation couvre toute nullité qui pourrait procéder du défaut d'assignation;

2° Si, devant le président, le défendeur fait défaut, le demandeur doit lui notifier l'ordonnance, avec assignation, au jour fixé par le président;

3° Si le président a renvoyé les parties devant le tribunal sans fixer de date, le demandeur doit assigner le défendeur; mais il n'y a pas lieu, comme l'enseigne M. Garsonnet (3), au préliminaire de conciliation : l'arrêt cité par cet auteur en ce sens a statué dans l'hypothèse où le juge des référés renvoie les parties à s'assigner *au fond* sans préliminaire de conciliation et a décidé que le juge avait ainsi dépassé les limites de sa compétence (4), hypothèse absolument différente de celle qui nous occupe.

La procédure devant le tribunal est la même que devant le président : elle s'instruit et se juge sans écritures, sur la plaidoirie des parties (5).

Il y a lieu d'appliquer de tous points au jugement de référé ce que nous avons dit des ordonnances : il est également susceptible des mêmes voies de recours et dans les mêmes formes (6).

(1) Orléans, 12 août 1897. D. P. 99. 2. 60; — Garsonnet, *op. cit.*, t. VII, p. 314.
(2) Rennes, 6 août 1853. D. P. 55. 2. 314.
(3) Garsonnet, t. VII, p. 314.
(4) Lyon, 13 juin 1872. D. P. 73. 2. 6.
(5) De Belleyme, *op. cit.*, t. I, p. 416; — Bertin, *op. cit.*, p. 222.
(6) Garsonnet, *op. cit.*, t. VII, p. 315.

SECTION II

Jonction du provisoire au fond.

La question dont nous abordons l'étude suppose, ce que nous avons admis, contrairement à la doctrine dominante, que le juge des référés peut être utilement saisi du provisoire quand le tribunal est lui-même saisi du fond.

Mais cette manière de procéder est elle-même l'objet de vives critiques et sa légitimité est loin d'être admise par tous les auteurs.

M. Garsonnet soutient que le référé peut être joint au fond lorsqu'une intime connexité existe entre eux et refuse d'y voir un déni de justice, car, dit-il, on ne dénie pas plus justice en déclarant n'y avoir lieu à référé qu'en rejetant une demande comme mal fondée ou irrégulière en la forme (1). Dans cette opinion, on enseigne que le tribunal peut ou disjoindre le référé du principal s'ils peuvent s'isoler l'un de l'autre et si le fond n'est pas en état d'être jugé; ou maintenir la jonction, et statuer sur le tout par un seul et même jugement.

M. de Belleyme paraît, au contraire, rejeter ce mode de procéder : « la question du référé, dit-il, est la mesure d'urgence ou l'exécution provisoire du titre; la jonction est un déni de justice; c'est un moyen perfide autant qu'illégal de refuser sans examen ni décision la mesure d'urgence ou de suspendre l'exécution du titre paré (2). »

Nous estimons que c'est cette dernière opinion qui doit être suivie. En effet, ou la demande portée devant le juge des référés est une demande provisoire, et comme telle elle

(1) Garsonnet, *op. cit.*, t. VII, p. 306; — Rodière, *op. cit.*, t. II, p. 388.
(2) De Belleyme, *op. cit.*, t. I, p. 417; — Bilhard, *op. cit.*, p. 56.

est distincte de la demande principale et doit être retenue par le juge des référés ; ou elle se confond avec la demande principale et ce magistrat doit dire alors qu'il n'y a lieu à référé ; mais nous ne voyons pas de moyen terme (1).

(1) Angers, 15 juin 1848. S. 49. 2. 15.

CHAPITRE IV

Des voies de recours

SECTION PREMIÈRE

Voies de recours ordinaires

§ 1er. — OPPOSITION

Aux termes de l'art. 809 C. pr. civ. les ordonnances de référé ne sont pas susceptibles d'opposition. La même solution s'applique aux jugements rendus par le tribunal statuant sur un renvoi de référé (1).

C'est au contraire une question vivement discutée que celle de savoir si l'opposition est recevable contre un arrêt de défaut statuant sur appel d'une ordonnance de référé.

Dans le sens de la négative, on invoque les considérations qui ont fait rejeter l'opposition contre les ordonnances : en premier lieu l'urgence, et le principe que les décisions de référé ne font aucun préjudice au principal. « Une raison paraît dominante, dit M. Bazot : c'est que le référé est une matière *spéciale*, pour laquelle le législateur a organisé une procédure particulière dont les caractères essentiels sont la simplicité et la rapidité de la forme : l'urgence et les nécessités qu'elle comporte ont déterminé cette dérogation au droit commun (2). »

Dans le sens de l'affirmative, on raisonne sur le texte de

(1) De Belleyme, *op. cit.*, t. I, p. 439 ; — Bordeaux, 12 janvier 1888. D. P. 89. 1. 167.

(2) Bazot, *op. cit.*, p. 398 ; — Paris, 10 janvier 1889. *Gaz. Pal.* 89. 1. 254.

l'article 809 C. pr. de la façon suivante : l'opposition est une voie de droit commun ouverte aux défaillants pour attaquer les décisions de justice rendues à leur préjudice : ce principe fondamental du droit de défense ne reçoit d'exception que dans les cas expressément déterminés par la loi : or, l'article 809 prohibe la voie de l'opposition relativement aux ordonnances; il ne reproduit pas cette prohibition relativement aux arrêts et se borne à disposer que l'appel des ordonnances; de référé sera jugé sommairement : d'où il résulte que la voie de l'opposition reste ouverte contre les arrêts de défaut rendus en matière de référé.

Cette solution est celle consacrée par la Cour suprême et la jurisprudence la plus récente; si elle n'est pas la plus conforme aux nécessités de l'urgence qui ont inspiré le législateur dans le titre des référés elle est assurément la plus juridique (1).

§ 2. — APPEL

I. — Conditions de sa recevabilité

Conformément au droit commun, l'exercice du droit d'appel en cette matière suppose la réunion de trois conditions :

1° Une décision rendue en premier ressort, c'est-à-dire sur un objet d'une valeur indéterminée ou supérieure à 1.500 francs;

2° Une décision ayant un caractère juridictionnel; une ordonnance de référé qui constate simplement un accord intervenu devant le président n'est pas une décision contentieuse et, comme telle, elle est insusceptible d'appel (2) ;

3° L'absence de tout acquiescement exprès ou tacite.

(1) Cass., 15 avril 1891. S. 91. 1. 160; — Riom, 9 mars 1899. *Rec. de Riom.* 201. 1898-99.

(2) Paris, 28 février 1893. D. P. 94. 2. 246.

Toutefois, lorsqu'il s'agit d'une ordonnance de référé attaquée pour incompétence ou excès de pouvoirs l'appel est toujours recevable quel que soit le taux de la somme en litige (article 454 C. pr. civ.) (1).

Une difficulté des plus considérables s'est produite sur le point de savoir si l'ordonnance de référé par laquelle le président rapporte une ordonnance sur requête permettant une saisie-arrêt est susceptible d'appel.

Dans un premier système, qui admet la négative, on argumente de la manière suivante : L'ordonnance du président qui autorise une saisie-arrêt, conformément à l'article 558 C. pr. civ., est un acte de juridiction grâcieuse qui ne saurait être attaqué par la voie de l'appel ; si ce magistrat s'est réservé le droit de modifier ou retirer cette autorisation après un examen plus attentif et contradictoire, et qu'usant de cette réserve il retire effectivement cette permission, il ne fait, dans ce débat contradictoire, que continuer l'exercice de sa juridiction gracieuse, et sa deuxième ordonnance est à ce titre insusceptible d'appel comme la première : « toutes deux se confondent en réalité dans la solution d'une seule et même question soumise à l'appréciation du pouvoir discrétionnaire qui lui a été conféré par le législateur (2). »

Dans un deuxième système, qui admet le droit d'appel, on fait remarquer, avec raison, que la juridiction contentieuse est mise en mouvement toutes les fois qu'il y a entre deux personnes contestation sur un droit et que l'un des deux adversaires appelle l'autre en justice pour trancher le différend. Or, dit-on, telle est la situation qui se présente lorsque celui qui a été l'objet d'une ordonnance sur requête se prétendant lésé dans son droit assigne devant le président son adversaire (3).

Le président est alors saisi, statue comme juge des réfé-

(1) Besançon, 10 février 1892. D. P. 95. 2. 168.
(2) Paris, 15 décembre 1882. D. P. 83. 2. 97.
(3) Glasson, note sous Paris, 15 décembre 1882. D. P. 83. 2. 97

rés, et rend son ordonnance après un débat contradictoire.

Cette ordonnance a pour objet un litige sur l'exécution d'une ordonnance de justice, et présente dès lors tous les caratères d'une ordonnance de référé, susceptible d'appel conformément à l'article 809 C. pr. civ.

Cette doctrine, consacrée par la Cour suprême, paraît avoir rallié la jurisprudence (1).

II. — Délai pour interjeter appel.

L'appel des ordonnances de référé ne sera point recevable, dit l'article 809 C. pr. civ., s'il a été interjeté après la quinzaine, à dater du jour de la signification du jugement (2).

Cette règle s'applique également aux jugements rendus par le tribunal statuant en état de référé (3).

Y a-t-il lieu d'appliquer en cette matière la règle *dies termini non computantur in termino ?* Nous ne le pensons pas : et cela en raison de la formule employée par la loi et que nous avons reproduite plus haut, qui paraît exclure du délai de quinzaine le *dies termini*. Les auteurs et la jurisprudence sont en ce sens (4).

On discutait autrefois la question de savoir si l'appel était valablement interjeté le seizième jour quand le quinzième était un jour férié ; la jurisprudence était dans le sens de l'affirmative (5). La difficulté a disparu aujourd'hui : la loi du 13 avril 1895, modifiant l'article 1033 du Code de procédure, étend le bénéfice de la prorogation au lendemain, lorsque le dernier jour est un jour férié, à tous les délais de procédure, francs ou non, sans exception.

(1) Cass., 10 novembre 1885. D. P. 86. 1. 209 ; — Paris, 18 janvier 1886. Dall. Alph., *Suppl.*, v° *Référé*, n° 13.
(2) Bordeaux, 27 janvier 1897. D. P. 98. 2. 199.
(3) Pau, 21 décembre 1880. S. 81. 2. 118.
(4) Bertin, *op. cit.*, n° 390 ; — Paris, 30 septembre 1880. S. 81. 2. 28.
(5) Paris, 16 juin 1866. S. 67. 2. 189.

Les auteurs sont d'accord pour décider que le délai de quinzaine n'est pas susceptible d'augmentation à raison des distances (1), un arrêt de la Cour de Paris avait statué dans le même sens (2); mais un autre arrêt de la même Cour a posé en principe que l'article 1033 C. pr. civ., étant une disposition générale, doit être appliqué à tous les cas prévus en matière civile et commerciale; par suite, il y a lieu de décider que le délai d'appel devra être augmenté à raison des distances (3).

Le même arrêt a fait une interprétation identique de l'article 445 C. pr. civ., à raison de la généralité de ses termes, et la Cour a jugé, en conséquence, que les délais fixés par ce texte à l'égard des parties domiciliées hors de la France continentale sont applicables en matière d'appel d'une ordonnance de référé.

Cette doctrine, dont la base juridique est très sérieuse, ne peut causer, en fait, aucun préjudice aux parties, à raison de l'exécution provisoire nonobstant appel dont les ordonnances sont susceptibles; et elle assure le droit de la défense des parties intimées sur l'appel.

On est généralement d'accord pour décider que l'acte d'appel doit être signifié à personne ou au domicile réel et non à domicile élu (4).

Enfin, l'amende doit être consignée en cas d'appel d'une ordonnance de référé comme en cas d'appel d'un jugement; en effet, l'art. 809 C. pr. civ. qualifie ces décisions du nom de jugements, ce qui leur rend applicable l'article 471 du même Code (5).

(1) Bertin, *op. cit.*, n° 393.
(2) Paris, 26 mars 1838. S. 38. 1. 541.
(3) Paris, 13 janvier 1887. D. P. 87. 2. 188.
(4) Paris, 26 mars 1838. S. 38. 2. 439.
(5) Cass., 20 août 1867. D. P. 67. 1. 341.

III. — Arrêt rendu sur l'appel

La Cour saisie de l'appel d'une ordonnance de référé doit respecter les règles de la compétence du président : ses pouvoirs ne sont pas plus étendus que ceux de ce magistrat ; et pas plus que lui elle ne peut rendre une décision faisant préjudice au principal (1).

De ce principe, qui semble indiscutable, je déduis la conséquence suivante : la Cour d'appel, qui infirme une ordonnance de référé, est incompétente pour prononcer sur les dommages-intérêts occasionnés par l'exécution de cette ordonnance. La Cour de Paris a cependant consacré la solution contraire (2) ; mais la doctrine de cet arrêt, qui est en contradiction avec le principe que nous venons de poser, et avec cet autre principe que le juge des référés est incompétent pour prononcer une condamnation à des dommages-intérêts nous paraît inadmissible (3).

Les juges d'appel peuvent-ils évoquer le fond du litige et le juger lorsqu'ils annulent une ordonnance de référé pour cause d'incompétence ou pour excès de pouvoirs ?

Bien que les décisions judiciaires répondent pour la plupart d'une façon affirmative à cette question, nous croyons qu'elle doit se résoudre par une distinction.

Sans doute, le droit d'évocation appartient en ce cas aux juges d'appel, à raison de la généralité des termes de l'art. 473 C. pr. civ. ; ils peuvent statuer *sur le fond de la question provisoire* posée dans le dispositif de l'assignation qui a saisi le premier juge, ainsi que l'ont décidé la plupart des arrêts qui ont statué sur ce point (4) ; mais nous ne saurions admettre, comme l'a décidé la Cour de Toulouse, qu'ils peuvent encore évoquer bien que la demande, de pro-

(1) Cass., 15 janvier 1894. D. P. 94. 1. 396.
(2) Paris, 1er février 1873. D. P. 73. 2. 166.
(3) Arthus, *op. cit.*, p. 335.
(4) Bourges, 31 mai 1899. *La Loi* du 17 juin 1899.

visoire qu'elle était devant le juge de première instance, ait été convertie devant eux *en demande définitive* (1). Une telle solution heurte tous les principes de la matière : outre qu'elle viole la règle d'ordre public, que toutes les demandes principales introductives d'instance sont soumises au préliminaire de conciliation, elle est la négation même du principe que les ordonnances de référé ne doivent faire aucun préjudice au principal et de cet autre autre principe que les pouvoirs du juge d'appel, statuant en état de référé, sont limités par les règles auxquelles obéit la compétence du président jugeant sur les mêmes matières.

SECTION II

Voies de recours extraordinaires.

§ 1er. — TIERCE-OPPOSITION

Pour décider que la tierce-opposition n'est pas ouverte contre les ordonnances de référé, on argumente de ce que les formalités imposées à cette procédure sont inconciliables avec la nature de ces décisions provisoires et la promptitude qu'elles exigent. On fait remarquer qu'il n'est pas concevable que, dans l'ordre de ces intérêts provisoires, le tiers qui a succombé soit condamné à une amende de cinquante francs, alors surtout, d'une part, que le tiers lésé par l'exécution de l'ordonnance peut introduire un nouveau référé et obtenir du juge mieux informé une seconde ordonnance qui annulera la première en tant qu'elle lui fait grief. Cette opinion, admise par de nombreux auteurs, est également celle consacrée par diverses Cours d'appel (2).

(1) Toulouse, 21 août 1838. S. 40. 2. 470.
(2) Bazot, *op. cit.*, p. 401 ; — Bertin, *op. cit.*, n° 370 ; — Paris, 29 avril 1887. D. P. 88. 2. 221.

Dans le système contraire, on soutient que la tierce-opposition est recevable non seulement lorsqu'elle est nécessaire, mais encore toutes les fois qu'elle est utile ; et qu'elle est ouverte à quiconque se plaint du préjudice résultant pour lui d'une décision à laquelle il n'a pas été partie, eût-il quelque autre moyen d'éviter ce préjudice. Quant à l'argument tiré de ce que le tierce-opposition entraîne pour celui qui est débouté une amende, on fait remarquer qu'il est sans valeur : que les tiers sont seuls juges de leurs intérêts, et qu'on ne saurait, pour une raison d'économie, les priver d'une voie de recours que le législateur a édictée d'une manière générale (2).

D'autre part, on sait qu'aux termes de l'article 466 du Code de procédure, il ne peut y avoir d'intervention en appel que de la part de ceux qui auraient le droit de former tierce-opposition. Si donc on ferme aux tiers la voie de la tierce-opposition, il faut décider de même qu'ils ne peuvent intervenir en appel. Or, cette déchéance du droit d'intervention peut leur causer un grave préjudice, car plus d'un président hésitera, comme juge des référés, à rendre une décision contraire à sa propre ordonnance et contraire à l'arrêt de la Cour d'appel, même lorsqu'un tiers lui démontrera que son intérêt peut être lésé par la décision déjà rendue ; il est plus simple, à mon avis, de recevoir ce tiers comme opposant ou intervenant : la solution sera plus rapide et la justice plus sûre.

§ 2. — REQUÊTE CIVILE

Les ordonnances, même en dernier ressort, et les arrêts ne peuvent être l'objet de la requête civile parce que cette

(2) De Belleyme, *op. cit.*, t. I, p. 440; — Garsonnet, *op. cit.*, t. VII, § 1474; — Toulouse, 12 février 1893. S. 93. 2. 273.

voie de recours n'est admise que lorsqu'il n'existe aucun recours ordinaire ; or, la partie lésée par une ordonnance de référé peut ou la faire modifier ou rapporter par le juge, si les circonstances ont changé depuis qu'elle est rendue, ou se pourvoir au principal (1).

§ 3. — POURVOI EN CASSATION

La recevabilité du pourvoi en cassation contre une décision de justice suppose ;

1° Que cette décision est un jugement ;

2° Que ce jugement est en dernier ressort *et passé en force de chose jugée ;*

3° Que c'est un jugement définitif.

Nous avons, d'autre part, énoncé ce principe, qui n'est que la paraphrase de l'article 809 C. pr. civ., savoir : *que les ordonnances de référé ne créent pas la chose jugée.* Ce dernier principe admis par les auteurs et la jurisprudence ne peut faire l'objet d'aucune discussion (2).

On voit immédiatement la difficulté qui va s'élever sur le point de savoir si les ordonnances de référé sont susceptibles du recours en cassation.

I. — Dans un premier système, on admet ce recours : 1° parce qu'il est utile ; 2° parce que la loi le permet.

a. — Il est utile, dit-on, car le juge des référés et la Cour d'appel ont pu violer la loi et les justiciables seraient désarmés en présence d'une illégalité, si le recours en cassation n'était pas admis. Il est douteux, ajoute-t-on, et en tout cas, il serait anormal que le tribunal saisi du principal rectifiât l'arrêt de la Cour rendu au provisoire (3).

(1) Garsonnet, *op. cit.*, t. VII, p. 312.
(2) Cass., 28 juin 1892. D. P. 92. 1. 378.
(3) Gérard, *op. cit.*, p. 141.

b. — La loi permet du reste ce recours : car s'il est des décisions rendues en matière de référé qui présentent un caractère provisoire, il en est d'autres qui statuent définitivement ; or en ce qui concerne ces dernières, le recours en cassation sera toujours recevable (1).

II. — Dans un deuxième système, on décide qu'il n'y a pas lieu au recours en cassation lorsqu'il s'agit des ordonnances ou arrêts sur référé. « Les décisions rendues par le président, disent Carré et Chauveau, ou par le tribunal lui-même, en état de référé ne sont que provisoires et toujours réparables en définitive. Il est donc évident qu'un pourvoi en cassation serait mal à propos dirigé contre une ordonnance que la décision du tribunal réformera bien plus tôt et à moins de frais, s'il y a lieu. C'est le jugement du fond qui autorise cette voie de recours, et le fond est nécessairement réservé par le juge des référés (2) ». Et ces auteurs, poussant jusqu'à l'extrême les conséquences de leur système, décident que, même au cas d'incompétence ou d'excès de pouvoirs, le recours en cassation n'est pas admissible en cette matière.

Les raisons exposées par Carré et Chauveau nous paraissent péremptoires et il nous paraît certain, en principe, que les décisions rendues sur référé sont insusceptibles du recours en cassation (3).

Mais à ce principe, une exception nous semble devoir être apportée aux cas d'excès de pouvoirs ou d'incompétence, les questions relatives à l'ordre des juridictions étant d'ordre public (4).

Cette exception ne recevra du reste son application qu'à l'encontre des arrêts rendus sur appel des ordonnances de référé, car les ordonnances étant toujours susceptibles d'ap-

(1) Cass., 23 juillet 1851. D. P. 51. 1. 269; — 6 novembre 1865. S. 66. 1. 44.
(2) Chauveau sur Carré. Quest. 2776 *quinquies*.
(3) Cass., 1er mai 1860. S. 62. 1. 150.
(4) Garsonnet, *op. cit.*, t. VII, p. 313 ; — Cass. belge, 28 novembre 1890. S. 91. 4. 14.

pel pour raison d'excès de pouvoirs ou d'incompétence, il y aura lieu, avant de recourir à la Cour de cassation, d'épuiser les autres voies de recours, et notamment celle de l'appel.

L'exception que nous admettons à la non-recevabilité du recours en cassation en cette matière est d'une portée considérable : elle recevra son application chaque fois que le juge des référés aura fait préjudice au principal (art. 809 C. pr.) ; or cette règle de compétence domine tous les référés et la question de savoir si elle a été violée se pose dans tous les cas.

Ce système nous semble plus juridique que celui consacré par la Cour de cassation.

En effet, pour déterminer, dans notre théorie, si le pourvoi est ou non recevable, il y a lieu, pour la Cour suprême, d'examiner les deux points suivants : le juge des référés a-t-il statué hors des limites de sa compétence? a-t-il excédé ses pouvoirs ?

Elle a ainsi à résoudre une question de droit pur, ce qui rentre dans ses attributions habituelles. Au contraire, pour décider si le pourvoi est recevable, il faut, dans le système de la Cour de cassation, qu'elle recherche si le juge des référés ou la Cour d'appel a jugé définitivement ou provisoirement la question provisoire ; en un mot qu'elle se livre à l'examen des faits.

Il y a lieu d'observer, en outre, que l'arrêt de la Cour de cassation du 6 novembre 1865 insiste particulièrement sur ce que, dans l'espèce, le juge des référés avait ordonné la suspension des poursuites, déclarant qu'en cet état le pourvoi n'était pas recevable, ce qui semble indiquer que la Cour aurait rendu un arrêt d'admission si la continuation des poursuites eût été ordonnée ; or, cette distinction, comme le fait observer M. Bertin (1), est inadmissible, car

(1) Bertin, *op. cit.*, nos 301 et suiv.

il est certain que la décision qui ajourne des poursuites peut porter un préjudice aussi considérable que celle qui ordonne la continuation des poursuites.

Vu le Président de la Thèse
Ed. P. Dubeugnon

Vu : *Le Doyen*
Le Courtois

Vu et permis d'imprimer

Poitiers, le 13 juin 1900.

Le Recteur,
H. Cons.

TABLE DES MATIÈRES

Pages.

BIBLIOGRAPHIE 1
INTRODUCTION 3

PREMIÈRE PARTIE

Compétence

CHAPITRE PREMIER. — **Du juge des référés** 13
C'est le président du tribunal civil.
Dans un cas spécial, c'est le juge de paix.

CHAPITRE II. — **Compétence ratione materiæ du juge des référés** 16

SECTION I. — *Affaires de justice de paix.*
A. Le juge de l'action principale est seul compétent pour connaître des mesures qui s'y rattachent.
Réfutation de ce principe : il n'est écrit nulle part; — il est contraire aux précédents historiques.
B. La loi a pourvu par une disposition spéciale (article 6 C. pr. civ.) aux difficultés urgentes en cette matière.
Avantages de ce système 18
Réfutation : avantages du système opposé. Argument tiré de la loi du 18 juillet 1898.

SECTION II. — *Affaires commerciales* 21
Premier système. — Incompétence du juge des référés. Examen des deux règles établies par l'article 417 C. pr. civ.
A. Abréviation des délais de comparution devant les tribunaux de commerce 22
Difficultés pour ces tribunaux de juger en dehors des jours d'audience.
B. Saisie des effets mobiliers du débiteur 23
Insuffisance de cette mesure.
Deuxième système. — Compétence du juge des référés 25
Points d'appui de ce système :
Arguments historique, — de texte, — d'utilité.

Si on admet le système de l'incompétence faut-il décider que cette incompétence est relative ou absolue ?..... 28
Section III. — *Affaires administratives*..... 29
Système de M. Thiercelin : le juge des référés est compétent même en matière administrative.
Réfutation de cette théorie..... 30
Système de M. Bertin : il est compétent, mais seulement pour ordonner des constats urgents ; réfutation..... 31
Système de la Cour suprême : incompétence absolue.... 31
Inconvénients pratiques de ce système..... 33
Loi du 22 juillet 1889 : compétence du président du Conseil de préfecture..... 33
Ses pouvoirs : il ordonne de simples constats.
Distinction des affaires civiles et administratives..... 36
Exemples relatifs aux travaux publics et aux congrégations..... 36

DEUXIÈME PARTIE

Conditions de cette compétence

CHAPITRE PREMIER. — **Règle extensive**..... 41
Le juge des référés est compétent dans tous les cas d'urgence.
Analyse de l'idée d'urgence : ses caractères variables.

CHAPITRE II. — **Règle restrictive**..... 44
Le juge des référés ne doit pas faire préjudice au principal.
Premier système. — Le juge des référés ne peut ordonner que des mesures conservatoires..... 44
Réfutation.
Deuxième système. — L'article 809 C. pr. civ. n'est nullement restrictif ; le président peut ordonner tout ce qui est urgent..... 46
Troisième système. — Le juge des référés laisse intacte l'appréciation du fond du droit qui n'appartient qu'au tribunal..... 47
Distinction du provisoire et du principal.

CHAPITRE III. — **Application des principes qui précèdent** : 52
Section I. — *Contrat de louage.*
1° Séquestre.
Compétence du juge des référés pour l'ordonner.
Séquestre des biens d'un débiteur en déconfiture..... 54
Le juge des référés ne peut l'ordonner.
2° Vente du mobilier saisi..... 54
C'est une mesure définitive que ne peut ordonner le juge des référés.

Usage contraire suivi à Paris. Contrat judiciaire.
Le juge des référés peut, sous forme de donné acte, constater les conventions des parties..... 56
3° Expulsion des locataires..... 57
Le juge des référés peut l'ordonner, car expulser un locataire ce n'est pas résilier son bail.
Distinctions établies par la doctrine : elles sont inadmissibles.
Incompétence du juge quand le preneur élève une contestation sérieuse sur les clauses du bail.
Section II. — **Contrat d'assurances**..... 60
Expertise..... 61
Le juge des référés peut l'ordonner, sans préjuger le fond du droit.
Une telle expertise est une mesure d'instruction *in futurum*..... 62
La doctrine permet de telles mesures. La jurisprudence les prohibe devant les tribunaux civils; mais en permettant au juge des référés d'ordonner une expertise, elle lui défend d'ordonner une enquête. Inconséquences du système.
Section III. — **Successions**..... 64
1° Administrateur provisoire..... 64
A quelle condition il peut être nommé en référé; étendue de ses pouvoirs; il n'a que ceux d'un comptable de deniers.
2° Inventaire..... 67
C'est un acte conservatoire qui peut toujours être ordonné en référé. Exemples tirés de la jurisprudence.
Section IV. — **Saisie-arrêt**.
Utilité de l'intervention du juge des référés. Difficultés auxquelles donne lieu cette intervention..... 68
Première hypothèse : la saisie-arrêt a été formée en vertu d'un titre..... 68
Système de M. Bertin : le juge des référés peut en donner main-levée.
Limitation apportée par M. Bazot : Le juge des référés peut autoriser le saisi à toucher au cas de nullité évidente du titre..... 69
Théorie de M. Gérard : la main-levée de la saisie pourra être donnée si le titre est inexistant. Difficultés de la distinction des actes nuls et inexistants..... 70
Système de la jurisprudence: le juge des référés ne peut permettre le paiement des sommes saisies-arrêtées.... 71
Deuxième hypothèse : défense de payer faite sans titre ni permission du juge..... 71

Le juge des référés peut ordonner de passer outre : raisons de décider.
Critiques de M. Bertin.
Troisième hypothèse : que décider, s'il s'agit d'une saisie-arrêt pratiquée en vertu d'une ordonnance portant la réserve d'en référer ?..... 73
a. — Cette réserve est-elle valable? Objections de la première jurisprudence.
Réfutation.
b. — Effets de cette réserve : pas de difficultés si le référé est introduit avant l'assignation en validité..... 76
Le juge peut rapporter l'autorisation qu'il a donnée.
Difficultés lorsque l'assignation a été délivrée..... 76
Premier système. — Le juge des référés ne peut rapporter son ordonnance.
Deuxième système. — Il peut rapporter son ordonnance. — Caractère de la réserve d'en référer; elle produit l'effet de la condition résolutoire ; jurisprudence de la Cour de Paris.
Discussion du système de la Cour de cassation : difficulté qu'il fait naître..... 77
Le juge des référés peut-il donner main-levée d'une saisie-arrêt au moyen d'une *affectation spéciale?* Mécanisme de cette procédure..... 80
L'affectation spéciale est-elle permise en droit ? Distinction : Oui, si les parties y consentent. — Non, si elles s'y opposent. La jurisprudence l'admet en général. Discussion de son système. Même si on admet la possibilité d'une affectation spéciale, en droit, le juge des référés ne peut l'ordonner.

CHAPITRE IV. — **Règle extensive :**

Le juge des référés est compétent pour connaître des difficultés relatives à l'exécution des titres exécutoires..... 84
L'urgence est-elle ici encore une condition de la compétence du juge des référés ? Oui, système de la Cour de cassation.
Réfutation Raisons de décider en sens contraire.
Ce qu'on entend par difficultés d'exécution..... 86

CHAPITRE V. — **Regle restrictive.**

Le juge des référés ne doit pas faire préjudice au principal. 89
Caractère de cette règle dans cette nouvelle hypothèse. Mission du juge : il doit ordonner la continuation des poursuites, si la contestation soulevée n'est pas sérieuse. Nécessité de l'examen des titres. Jurisprudence contraire. Réfutation.

Le juge des référés peut apprécier la valeur intrinsèque comme la valeur extrinsèque des actes. Limites de ce droit d'examen..... 92

CHAPITRE VI. — **Application des principes qui précèdent**.. 96

Section I. — *En matière de saisie-exécution :*

§ Ier. — Difficultés touchant le titre exécutoire.

Elles doivent présenter un caractère très sérieux pour permettre la suspension des poursuites..... 96

Que décider quand le titre est argué de faux? Quid en cas de désavœu ?

Le juge des référés est-il compétent pour statuer sur les difficultés d'exécution d'un jugement mal à propos qualifié en dernier ressort ou lorsque l'exécution provisoire a été indûment ordonnée?..... 98

Le juge des référés peut connaître de l'exécution des arrêts. Mais il ne peut connaître de l'exécution des arrêts infirmatifs. Système contraire de la jurisprudence. Réfutation..... 101

§ II. — Exceptions qui peuvent être opposées au créancier. 103

a. Paiement. — *b*. Offres réelles. — *c*. Compensation. *d*. Novation, remise des dettes, etc.

§ III. — Réclamations élevées par des tiers à l'encontre de l'exécution du titre..... 107

Utilité de l'intervention du juge des référés.

Premier système. — La fraude est manifeste; le juge ordonne le passé-outre jusqu'à la vente inclusivement. Dangers de ce système. Moyen employé à Paris pour les éviter : constat par un huissier. Illégalité de ce procédé. 107

Solutions diverses proposées par la jurisprudence : caution, séquestre. Inefficacité de ces moyens..... 109

Deuxième système. — Le juge ne peut ordonner le passé-outre à la vente..... 110

Section II. — *Demande de délais par le débiteur*..... 111

Premier système. — Le juge des référés peut accorder un délai de grâce. Utilité de cette solution.

Deuxième système. — Il ne le peut jamais : *a*. s'agit-il d'un jugement, l'article 122 C. pr. s'y oppose. *b*. s'agit-il d'un autre titre exécutoire, la solution est identique. Raisons de décider..... 112

Troisième système. — Le juge des référés peut momentanément suspendre l'exécution des poursuites. Réfutation..... 115

Section III. — *Le juge des référés ne peut prononcer une condamnation*..... 115

a. Ni à une pension alimentaire. — *b*. Ni à des dom-

mages-intérêts. — *c.* Ni aux dépens. Difficultés sur ce dernier point : *Premier système.*— Il y a lieu d'apliquer l'article 130 C. pr. — *Deuxième système.* — Non ; la condamnation aux dépens est une mesure définitive. — *Troisième système :* la Cour peut condamner aux dépens. Réfutation.

Exception à la règle que le juge des référés ne peut condamner aux dépens..... 120

CHAPITRE VII. — **Le juge du principe ne dessaisit pas le juge du provisoire**..... 122

Exposé des deux systèmes contraires. Raisons juridiques et d'utilité de notre système.

TROISIÈME PARTIE

Procédure

CHAPITRE I. — **Conséquences de l'idée d'urgence et du principe que l'ordonnance ne fait pas préjudice au principal.** 127

SECTION I. — *Compétence ratione personæ du juge des référés.*

Elle obéit aux règles ordinaires. Non. Système de la Cour de Paris..... 128

Les règles ordinaires sont inapplicables : c'est le juge du lieu qui est compétent Système de la Cour de cassation. 129

SECTION II. — *De la capacité des parties*..... 131

Les incapables peuvent plaider en référé sans autorisation.

Les étrangers sont admis à y plaider. Mais ils doivent fournir la caution *judicatum solvi*. Raison de décider..... 133

CHAPITRE II. — **Procédure proprement dite**..... 135

SECTION I. — *Des référés sur placet ou à l'audience.*

Délai minimum des comparutions en référé. Exposé des divers systèmes.

SECTION II. — *Des référés sur l'heure.*

Effets de l'assignation en référé : *a.* Elle n'est pas interruptive de prescription ; *b.* Elle n'est pas suspensive.. 137

SECTION III. — *Référés sur procès-verbaux*..... 140

L'article 808 C. pr., qui ne permet d'assigner qu'en vertu d'un permis et par huissier commis, est-il applicable ? Exposé des deux systèmes ; distinction. Jurisprudence.

SECTION IV. — *Des mesures d'instruction*..... 142

SECTION V. — *Des ordonnances*..... 144

§ 1er. — De leur forme.

§ 2. — De leur exécution..... 145
a. Entre les parties. Elles s'exécutent comme les jugements. Différences.
b. A l'égard des tiers. — Examen de la jurisprudence à l'égard de la Caisse des dépôts et consignations..... 147
CHAPITRE III. — **Solutions possibles de la procédure des référés.** 150
SECTION I. — *Renvoi du référé à l'audience*..... 150
SECTION II. — *Jonction du provisoire au fond*..... 152
CHAPITRE IV. — **Des voies de recours**..... 154
SECTION I. — *Voies ordinaires de recours*.
§ 1er. — Opposition.
Est-elle recevable contre un arrêt de défaut ?
§ 2. — Appel..... 155
I. — Conditions de sa recevabilité.
II. — Délai pour interjeter appel.
III. — Arrêt rendu sur l'appel.
SECTION II. — *Voies de recours extraordinaires*..... 160
§ 1er. — Tierce-opposition..... 161
§ 2. — Requête civile..... 161
§ 3. — Recours en cassation..... 162
Est-il recevable ? Oui. Système de la jurisprudence. Non. Système de Carré et Chauveau. Discussion.
Il n'est recevable qu'aux cas d'excès de pouvoirs ou d'incompétence..... .....
TABLE DES MATIÈRES..... 167

Poitiers. — Imp. BLAIS et ROY, 7, rue Victor-Hugo

POITIERS
Imp. Blais et Roy